



La liberte de création

Isabelle Pignard

► To cite this version:

Isabelle Pignard. La liberte de création. Droit. Université Nice Sophia Antipolis, 2013. Français. <NNT : 2013NICE0020>. <tel-00868027>

HAL Id: tel-00868027

<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00868027>

Submitted on 1 Oct 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



UNIVERSITE DE NICE SOPHIA-ANTIPOLIS
FACULTE DE DROIT, DE SCIENCES POLITIQUES, ECONOMIQUE ET DE GESTION

LA LIBERTE DE CREATION

Thèse présentée et soutenue publiquement par **Isabelle PIGNARD**, pour l'obtention du :
DOCTORAT EN DROIT

COMPOSITION DU JURY :

Monsieur Fabrice SIIRIAINEN (Directeur de recherches. Professeur à l'Université de Nice Sophia-Antipolis)

Madame Geneviève GOURDET (Professeur à l'Université de Nice Sophia-Antipolis)

Monsieur Emmanuel DREYER (Rapporteur. Professeur à l'Université de Paris XI)

Madame Carine BERNAULT (Rapporteur. Maître de conférences à l'Université de Nantes)

Mercredi 10 juillet 2013

FACULTE DE DROIT, DE SCIENCES POLITIQUES, ECONOMIQUES ET DE GESTION
Avenue Doyen Louis TROTABAS, 06050, NICE, Cedex 1





UNIVERSITE DE NICE SOPHIA-ANTIPOLIS
FACULTE DE DROIT, DE SCIENCES POLITIQUES, ECONOMIQUE ET DE GESTION

LA LIBERTE DE CREATION

Thèse présentée et soutenue publiquement par **Isabelle PIGNARD**, pour l'obtention du :
DOCTORAT EN DROIT

COMPOSITION DU JURY :

Monsieur Fabrice SIIRIAINEN (Directeur de recherches. Professeur à l'Université de Nice Sophia-Antipolis)

Madame Geneviève GOURDET (Professeur à l'Université de Nice Sophia-Antipolis)

Monsieur Emmanuel DREYER (Rapporteur - Professeur à l'Université de Paris XI)

Madame Carine BERNAULT (Rapporteur - Maître de conférences à l'Université de Nantes)

Mercredi 10 juillet 2013

FACULTE DE DROIT, DE SCIENCES POLITIQUES, ECONOMIQUES ET DE GESTION
Avenue Doyen Louis TROTABAS, 06050, NICE, Cedex 1





A mon père
A Laurence



REMERCIEMENTS

Je remercie Monsieur Siirainen pour le sujet qu'il m'a proposé, la liberté qu'il m'a accordée ainsi que ses conseils.

Je remercie plus particulièrement Monsieur Dreyer pour les conseils, les suggestions et les propositions qu'il m'a adressés en début de thèse et qui m'ont suivie tout au long de ces années. Il m'a permis d'avoir une vision large de mon sujet et une réflexion pluridisciplinaire.

Je remercie Mesdames Bernault et Gourdet de l'intérêt qu'elles ont porté à mon sujet en acceptant de faire partie de mon jury.

Je remercie sincèrement Laurence Boy de m'avoir accompagnée, soutenue, encouragée, rassurée, poussée tout au long de ces années, en particulier dans les moments difficiles. Sa grande générosité, son enthousiasme, son humour, son intérêt pour chaque chose, son humanité, sa force m'ont permis d'aller au bout de ce travail de thèse. Elle a été un guide à la fois pour la thèse lorsque je pensais abandonner, mais aussi dans la vie.

Je remercie également les membres du laboratoire qui ont été présents, tant à Sophia-Antipolis qu'à Nice. Un grand merci à Elisabeth Passeron pour son écoute et sa gentillesse. Je remercie le personnel des bibliothèques de Sophia-Antipolis, de la villa Passiflore et universitaire pour leur disponibilité.

Je remercie Catherine et Annick pour leur présence et leur compréhension. Je remercie mes amis et mes collègues de l'opéra de Nice qui m'ont supportée pendant des années, malgré les baisses de moral et les doutes. Leur présence a été indispensable. Je remercie plus particulièrement Sandra, Maude, Audrey, Mathilde, Aurélia et Chrystal pour tous les moments partagés à l'opéra et ailleurs. Merci également à Pierre-Jean, Antonin, Maude et d'autres de l'intérêt qu'ils ont porté à mon sujet et des discussions, parfois animées, qui en ont résulté. Merci encore à Dominique pour avoir cru en moi, à Véronique et à Lyvie, à tous les artistes peintres et musiciens.

Je remercie mes proches, pour lesquels ces longues années de thèse ont dû être particulièrement éprouvantes. Ces remerciements s'adressent tout d'abord à mes parents qui ont accepté que je fasse cette thèse, à mon père en particulier, qui m'a incité à faire des études de droit. Ils vont également à ma sœur pour ses encouragements parfois musclés. Merci enfin à Daniel et à Alexia.





SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	4
PARTIE 1 : LA LIBERTE DE CREATION GARANTIE PAR LES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE.....	21
TITRE 1 : La liberté de création, au centre de la propriété intellectuelle.....	24
TITRE 2 : La liberté de création comme impératif sous-jacent de la propriété intellectuelle.....	143
PARTIE 2 : LES FRONTIERES DE LA LIBERTE DE CREATION.....	286
TITRE 1 : Les limites de la liberté de création dans l'intérêt général.....	287
TITRE 2 : La liberté de création confrontée aux intérêts individuels.....	385
CONCLUSION GENERALE.....	482



LISTE DES SIGLES ET ABREVIATIONS

<i>A & M</i>	<i>Auteurs et média</i>
<i>AJDA</i>	Actualité Juridique Droit Administratif
al.	Alinéa
<i>Ann. prop. Ind.</i>	<i>Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire</i>
<i>APD</i>	<i>Archives de philosophie du droit</i>
Art.	Article
Cass. ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la cour de cassation
c. civ.	Code civil
CA	Cour d'appel
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
CBE	Convention sur le brevet européen
CCIA	Code du cinéma et de l'image animée
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
cf.	confrontez
chron.	chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes (devenue CJUE depuis le 1 ^{er} décembre 2009)
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne (ex-CJCE)
<i>Com. com. électr.</i>	<i>Communication – Commerce électronique</i>
Concl.	conclusions
Cour EDH	
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
<i>Contr. Concurr.</i>	<i>Contrat concurrence consommation</i>
<i>Conso.</i>	
CPI	Code de la propriété intellectuelle
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
dir.	Sous la direction de
doctr.	doctrine
éd.	édition
<i>EDPI</i>	<i>L'Essentiel droit de la propriété intellectuelle</i>
Fasc.	fascicule
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du palais</i>
<i>GP</i>	<i>Gazette du palais</i>
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> , au même endroit



<i>Infra</i>	Plus bas
<i>JCP A et C</i>	<i>La semaine juridique (JurisClasseur périodique), édition administration et collectivités territoriales</i>
<i>JCP E</i>	<i>La semaine juridique (JurisClasseur périodique), édition entreprise</i>
<i>JCP G</i>	<i>La semaine juridique (JurisClasseur périodique), édition générale</i>
<i>JO/JORF</i>	Journal officiel
<i>JO OEB</i>	Journal officiel de l'Office européen des brevets
<i>Jurispr.</i>	jurisprudence
<i>LPA</i>	<i>Les petites affiches</i>
n°	Numéro
obs.	observation
OEB	Office européen des brevets
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> (dans l'ouvrage cité)
p.	page
<i>PIBD</i>	<i>Propriété industrielle – Bulletin documentaire</i>
<i>Prop. ind.</i>	<i>Propriété industrielle</i>
<i>Prop. intell.</i>	<i>Propriétés intellectuelles</i>
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
<i>Rép. Civ. Dalloz</i>	<i>Répertoire de droit civil Dalloz</i>
<i>RIDA</i>	<i>Revue internationale de droit d'auteur</i>
<i>RIDE</i>	<i>Revue internationale de droit économique</i>
<i>RIPIA</i>	<i>Revue internationale de la propriété industrielle et artistique</i>
<i>RLDA</i>	<i>Revue Lamy droit des affaires</i>
<i>RLDC</i>	<i>Revue Lamy droit civil</i>
<i>RLDI</i>	<i>Revue Lamy droit de l'immatériel</i>
<i>RRJ</i>	<i>Revue de la recherche juridique – Droit prospectif</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>TRD eur.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
t.	tome
T. civ.	Tribunal civil
TGI	Tribunal de grande instance
Trib. corr.	Tribunal correctionnel
spéc.	spécialement
somm.	Sommaire
Suiv.	Suivant(e)s
<i>supra</i>	Plus haut
Vol.	volume



INTRODUCTION :

1. Quelle liberté de création ? La liberté de création est la possibilité de concevoir, de fabriquer, d'inventer, de produire sans pression, sans entrave¹. La liberté de création permet alors de réaliser quelque chose² que personne n'avait encore créé. La création nécessite une certaine liberté, sans laquelle elle ne peut exister³. Néanmoins, cela ne signifie pas que la liberté du créateur ne puisse pas être restreinte. Ainsi, la liberté de création perdure, même lorsqu'elle est encadrée⁴, ou lorsque la création respecte certaines règles⁵. La contrainte a même pu sembler favorable et considérée comme un stimulus de la création⁶.

La liberté de création peut être entendue très largement. La création peut être artistique. C'est ainsi qu'elle est perçue le plus souvent⁷. La réflexion est dès lors restreinte à la liberté de création artistique, à la liberté de l'art⁸. En effet, dans un sens commun, la création est conçue comme étant l'art : elle se limite pour certains au « *domaine de l'art pur, des belles-lettres et des beaux-arts* »⁹. Ainsi, A. TRICOIRE¹⁰, dont le propos est de défendre la liberté des créateurs, artistes ou écrivains, face à la censure, restreint la liberté de création à la liberté de

¹ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand colin, 8^e éd., 2009, p. 11 : « *Les libertés [...] n'exigent d'autrui qu'une attitude d'abstention, de non-entrave, pour s'accomplir, et nullement un comportement positif, une obligation d'agir* ».

² Cela correspond à la définition de la création et à celle de l'invention

³ Même lorsqu'il existe un contrat de travail : F. POLLAUD-DULIAN, « Propriétés intellectuelles et travail salarié », *RTD com* 2000, p. 273 et suiv.

⁴ Cela est le cas lorsque la création est une commande ou lorsqu'elle est le fruit du travail de plusieurs créateurs en entreprises, qu'il s'agisse de créations artistiques ou industrielles.

⁵ P. BAYARD, *Le plagiat par anticipation*, Les éditions de Minuit, 2009, p. 22 : Ainsi, il semblerait que la contrainte est « *aussi ancienne que la littérature elle-même. La composition d'un sonnet, l'écriture d'une tragédie classique et même des textes d'apparence beaucoup plus libre (...) obéissent en réalité à toute une série de règles auxquelles les écrivains se sont toujours pliés, dès lors qu'ils décidaient d'inscrire leur œuvre à l'intérieur d'un genre existant* ».

⁶ P. BAYARD, *Le plagiat par anticipation*, Les éditions de Minuit, 2009, p. 23 : Voir par exemple les membres du groupe l'Oulipo (« Ouvroir de Littérature Potentielle ») qui s'imposent des règles, des contraintes, dans le but de « *stimuler la création littéraire* ». Ces contraintes peuvent être absurdes. Cela a donné notamment lieu à l'écriture de *La disparition*, livre entièrement écrit sans utiliser la lettre « e », de Georges PEREC. Pour ces auteurs « *l'invention de nouvelles formes peut paradoxalement être favorisée en acceptant de plier l'écriture à un certain nombre de règles. Celles-ci rendent certes la création plus difficile, mais elles exercent également un effet bénéfique en incitant les écrivains à explorer des possibilités du langage éloignées de leurs habitudes et auxquelles ils n'auraient pas nécessairement été sensibles si leur liberté n'avait pas été entravée* ».

⁷ M. VIVANT, « Objet juridique, objet social. Réflexion sur la propriété intellectuelle », *propriétés intellectuelles*, avril 2012, n° 43, p. 269. A propos du droit d'auteur, lorsque l'on fait référence à l'œuvre de l'esprit, « *Pour le plus grand nombre, il ne peut s'agir que d'œuvre d'art* » ; M. VIVANT, « Exposé introductif général. L'art, le vrai et le droit », *propriétés intellectuelles*, janvier 2011, n°38, p. 8 et suiv., spéc. p. 10 : « *il est de bon ton en France de magnifier le droit d'auteur (d'ailleurs souvent au détriment du copyright) et d'en faire une sorte de droit de la culture, Kant et Hugo inévitablement convoqués pour les besoins de la cause* ».

⁸ Qui comprend pour certains la liberté de création artistique et la liberté d'expression artistique, distinguant alors différentes phases à la création, même s'il reconnaît l'absence de frontière nette entre celles-ci : A. ZOLLINGER, *Droit d'auteur et droits de l'homme*, thèse, 2006, Poitiers, n° 535 et suiv. (n° 537)

⁹ Ch. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, 1998, n° 366 : l'auteur fait référence à ces domaines comme étant ceux dans lesquels, traditionnellement, l'auteur est celui qui imprègne l'œuvre de sa personnalité.

¹⁰ A. TRICOIRE, *Petit traité de la liberté de création*, éd. La découverte, 2011



création artistique. Or la liberté de création des artistes présente la particularité d'être conçue à la fois comme un dépassement de ce qui existe et la liberté de s'exprimer, de s'opposer au pouvoir politique. Elle est synonyme de liberté. Si la liberté de création englobe effectivement cet aspect de la création, elle ne peut être réduite à cela. La création peut être utile ou non. Elle peut être utilitaire également, industrielle, avoir une fonction : l'activité créatrice est multiple. Mais « *le phénomène de la création est un* »¹¹.

A quelle création fait-on référence dans la liberté de création ? La création dont il s'agit est la création immatérielle, la création de l'esprit¹², qui peut être, outre la création littéraire et artistique, le brevet d'inventions, dessin ou modèle, marque de fabrique, de commerce et de services, appellation d'origine, obtention végétale, base de données, logiciel¹³. S'il ne semble pas évident d'envisager la liberté de création en vue de la protection de l'activité inventive pour des créations qui n'ont pas de fonction revendicative, ou qui sont purement utilitaires, une certaine liberté est néanmoins indispensable dans ces domaines.

Nous avons donc choisi de prendre en compte la liberté de création dans son ensemble, même si la question de la préservation de la liberté de création artistique fait l'objet de la majeure partie de cette étude. L'étendue de la liberté des créateurs dans les différents domaines de création ne sera pas la même, les besoins sont également différents, néanmoins, cette exigence de liberté demeure.

2. La liberté de création indispensable à l'évolution de la société. La liberté de création est *a priori* une liberté essentielle, évidente. Il est dans la nature de l'homme de créer¹⁴, c'est le « *propre de l'homme* »¹⁵, quelle que soit la nature de cette création. L'importance de la liberté de création artistique a été plus particulièrement étudiée. Pour les philosophes, l'art est pensé comme un phénomène « *lié à l'humanité* »¹⁶. Peindre est alors

¹¹ M. VIVANT, « Propriété intellectuelle et ordre public », in Jean Foyer, *auteur et législateur leges tulit, jura docuit, Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 307 et suiv., n° 5. Sur l'unité de la création et des droits de propriété intellectuelle voir infra n° 106, chapitre 2

¹² F. TERRE, Ph. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 2010, 8^e éd., n° 63 ; L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, thémis droit, 2013, p. 1, n° 1

¹³ *Ibid.*

¹⁴ J. D'ORMESSON, *La douane de mer*, Premier jour, cité par M. VIVANT, « L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire », *JCP G* n°1, janvier 2000, I, 193 : « *C'est la création, la pensée, la pensée créatrice qui font l'homme, qui fait de lui un animal bien singulier, cet homme qui, nous dit Jean d'Ormesson, "a inventé la science, la morale, la peinture, la sculpture, la Bourse, l'État, le socialisme, le théâtre, la musique, le calembour et le golf" et qui ne serait pas homme sans science, sans peinture, sans sculpture...* ».

¹⁵ A propos du « désir de recherche » : M.-A. HERMITTE, « L'encadrement juridique de la recherche scientifique », in M.-A. HERMITTE (dir.), *La liberté de la recherche et ses limites, approches juridiques*, éd. Romillet, 2001, p. 19 et suiv., spéc. p. 22

¹⁶ F. FEDIER, *L'art en liberté*, Pocket 2006, p. 273



« l'une des modalités d'être libre, c'est-à-dire de libérer »¹⁷. Il s'agit d'un acte de liberté. Cette liberté peut être comprise comme la liberté de s'affranchir des contraintes sociales d'une époque¹⁸. Ces contraintes sociales donnent un cadre, qui peut être perçu comme rassurant et au sein duquel la liberté de création existe. Cela provient, pour KANDINSKY, de la peur des hommes de l'évolution¹⁹. KANDINSKY ajoute que la civilisation, tout comme « *le développement intérieur* » ne peut évoluer qu'avec le déplacement des barrières des valeurs²⁰. Pour lui, les contraintes qui doivent être abolies, proviennent du créateur lui-même qui se conforme aux désirs du public. Il s'agit alors d'une forme d'autocensure, néfaste à la création. C'est un phénomène difficile à appréhender. La liberté de création artistique doit dès lors bénéficier d'une protection spécifique et non être considérée comme une liberté attachée à n'importe quelle marchandise. En cela, l'étendue de la liberté de création semble différente selon le type de création, artistique, utilitaire ou industrielle. Elle doit être de plus particulièrement étendue, dans la mesure où la création doit pouvoir évoluer. Cette question s'est posée plus particulièrement au début du XXe siècle : KANDINSKY a en effet affirmé, en 1912²¹, que chacun peut choisir la forme qui lui convient²². Il ajoute que « *l'essentiel n'est pas que la forme soit personnelle, nationale, d'un beau style, qu'elle corresponde ou non au courant général de l'époque, qu'elle s'apparente ou non à un grand nombre ou à un petit nombre de formes, qu'elle soit isolée ou non ; l'essentiel, dans la question de la forme, est de savoir si elle est née d'une nécessité intérieure ou non* »²³. Il s'agit d'une période particulièrement intéressante pour la création artistique, les peintres ayant expliqué leur démarche et plus particulièrement comment ils définissaient la liberté [de création]. Une telle liberté était déjà recherchée par les peintres, poètes ou musiciens. Ainsi, c'est une révolte contre le classicisme et l'académisme que mènent les peintres, dès Baudelaire et Courbet²⁴. Il

¹⁷ F. FEDIER, *op. cit.*, p. 282

¹⁸ A. NAKOV, « Le nouveau Laocoon », in *Ecrits*, présentés par A. NAKOV, éd. Ivrea, 1996, p. 17 et suiv., spéc. p. 20 : « *Contrairement au peintre des époques précédentes, assimilé par son statut à un artisan et soumis aux exigences d'une suprastructure socioculturelle à l'intérieur de laquelle son message artistique trouvait non seulement ses références sémantiques mais aussi la seule possibilité de réalisation matérielle, le peintre du nouvel âge artistique tente de s'affranchir de toute dépendance sociale. Art d'élite, le nouvel art indépendant ne l'est pas par son contenu et sa résonance sociale, mais par la façon de financer son existence et par la distance qu'il établit entre son monde et les structures sociales en vigueur* ».

¹⁹ KANDINSKY, « Sur la question de la forme », in : KANDINSKY, MARC, présentation et notes K.

LANKEIT, *L'almanach du blaue Reiter, le cavalier bleu*, éd. Klincksieck, 1981, p. 192 et suiv., spéc. p. 196

²⁰ KANDINSKY, *op. cit.* p. 197

²¹ Date à laquelle est paru pour la première fois l'almanach du blaue Reiter.

²² KANDINSKY, *op. cit.* p. 200

²³ KANDINSKY, *op. cit.* p. 202

²⁴ MALEVITCH, « Le suprématisme est le début d'une nouvelle civilisation », in *Ecrits*, présentés par A. NAKOV, éd. Ivrea, 1996, p. 203 et suiv., spéc. p. 208



a été relevé que MOZART également s'accordait une liberté formelle avec les dissonances qui choquaient ses contemporains²⁵.

3. Une liberté fragile, l'exemple de la liberté de création artistique. La liberté de création a été considérée comme indispensable, notamment parce qu'il s'agit d'un moyen d'expression. La création nécessite dès lors une vigilance particulière. En effet, la liberté de création a pu être détournée, réduite tout en étant affirmée. La création artistique a été limitée ou instrumentalisée par des régimes politiques. La création a eu un but, celui de servir un idéal. L'art devient utile, orienté. Cela a toujours existé, les commandes religieuses en particulier étaient destinées à éduquer les peuples. L'art a également servi les Etats. Ainsi, les révolutionnaires considéraient que l'art était « *au service de l'utilité publique* » et qu'il « *glorifiait la Révolution et propageait ses idéaux* »²⁶. La création a également été mise au service du stalinisme par exemple. A l'idée que la suppression de la soumission des auteurs au « *bon-vouloir du souverain, tant pour la création que pour la diffusion de leur œuvre* » était favorable à la création, dès lors soumise « *au seul goût du public* »²⁷ ; G. OGANOV oppose la liberté du créateur non soumis au « *pouvoir du capital, des fantaisies de l'éditeur, des intérêts cupides de l'imprésario* »²⁸. Là où la liberté de création est particulièrement remise en cause, c'est dans l'idée que celle-ci doit être mise au service d'un but : « *l'artiste ne peut se sentir libre que lorsqu'il ressent pleinement, et seulement à cette condition, la nécessité et la noblesse de la mission qui lui incombe. Il n'y a pas et il ne peut y avoir de sentiment encourageant de liberté si ses aspirations créatrices ne correspondent pas aux intérêts de la classe d'avant-garde, si le doute, le scepticisme et le pessimisme l'envahissent, si tous les chemins du monde lui semblent être des impasses* »²⁹. La création doit en effet « *servir la cause de la révolution* »³⁰. Cependant, il a été objecté qu'il est trop simple de dire que « *l'art et la littérature ne peuvent s'épanouir que sous un régime démocratique* »³¹. « *Ce serait une erreur de prétendre que l'espèce particulière de liberté qu'exige la littérature peut seulement subsister sous un régime politique déterminé* »³². De plus, la question de la liberté de création

²⁵ M.-F. VIEUILLE, *Mozart ou l'irréductible liberté*, éd. Le castor astral, 2006, p. 169

²⁶ J. GINSBURG, « Histoire de deux droits d'auteurs : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaires », *RIDA* n°47, janvier 1991, p. 124 et suiv., spéc. p. 180

²⁷ S. DUSOLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Larcier, 2007, n° 281

²⁸ G. OGANOV, *Le socialisme et la liberté de création*, éd. De l'agence de presse Novosti, Moscou, 1975, p. 9

²⁹ G. OGANOV, *op. cit.*, p. 14

³⁰ G. OGANOV, *op. cit.*, p. 55

³¹ WARNER, « La liberté de la création littéraire et artistique », in, *Les droits de l'esprit, six études sur les aspects culturels de la déclaration universelle des droits de l'homme réunies par l'Unesco*, Sirey Paris, 1950, Sirey, p. 229

³² *Ibid.*



artistique est aujourd'hui encore soulevée à propos d'ouvrages littéraires ou de films³³, l'ordre public et les bonnes mœurs peuvent en effet limiter cette liberté.

4. De quelle protection bénéficie la liberté de création ? Cette liberté essentielle à l'être humain doit donc être préservée. Or, s'il existe plusieurs moyens de permettre la création et de la stimuler, du mécénat³⁴ aux récompenses³⁵, seule une protection par le droit garantit la liberté de création.

La liberté de création peut être tout d'abord envisagée en tant que telle. Aucun texte applicable en France n'y fait référence. La jurisprudence y a recouru pour protéger les artistes ayant conclu des contrats de commande. Puis, plus récemment, elle a été citée par les juges français et européens qui l'ont rattachée à la liberté d'expression, notamment à propos de la liberté de création d'une suite d'une œuvre littéraire ou d'une autofiction³⁶. Elle peut être alors, par le recours à l'article 10 de la CEDH en particulier, directement invocable et applicable lorsqu'elle est assimilée à la liberté d'expression. La liberté de création s'impose donc non seulement aux Etats, mais également aux particuliers. Il est fait référence à la « subjectivisation » des droits et libertés fondamentaux. « *Il ne s'agit donc plus tellement de les défendre contre l'Etat que d'en garantir l'exercice effectif par l'Etat* »³⁷.

Limiter l'étude de la liberté de création aux manifestations précitées semble réducteur. Il est cependant peu fait recours à la liberté de création elle-même. Pour déterminer l'amplitude de la protection par le droit, il faut donc aller au-delà. La liberté de création doit être envisagée, non seulement en tant que telle, mais aussi dans ses différentes manifestations, telles qu'elles sont appréhendées par le droit. Pour cela, il est possible de se référer à la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. La liberté et la protection des intérêts moraux et

³³ Voir *infra* n° 397 et suiv.

³⁴ Voir également le financement participatif : dans la musique, le cinéma, les jeux vidéos...

³⁵ Selon l'analyse économique du droit, l'innovation a été stimulée par des moyens très variés : « *on peut d'abord parrainer des créations précises ou l'ensemble des créations réalisées par telle ou telle personne. Historiquement, cela a été une façon de stimuler la création musicale par exemple. En deuxième lieu, l'Etat a toujours stimulé l'innovation par des contrats de fourniture, notamment en matière militaire et de protection contre d'autres types de dangers (les Hollandais et leurs digues !). Vous pouvez également, en troisième lieu, accorder des sommes, des subsides, des bourses, des prix, des distinctions, des médailles pour provoquer des inventions précises. Enfin, vous pouvez faire appel à la propriété intellectuelle* » : E. MACKAAY, « La propriété intellectuelle et l'innovation. Analyse économique du droit », *Droit et patrimoine*, 2003, n°119, dossier

³⁶ Voir par exemple TGI Paris, 16 mai 2012, *Légipresse*, n°299, novembre 2012, p. 634

³⁷ Ph. MALAURIE, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français », *JCP G*, 2002, I, 143 p. 1123 et suiv., n°6



matériels des auteurs³⁸ y sont envisagées concomitamment³⁹. Protection par les droits privatifs et liberté semblent être inséparables⁴⁰.

Il semble à première vue que l'espace de liberté dont ont besoin les créateurs est limité par les droits de propriété intellectuelle. Ceux-ci portent sur une création⁴¹, la création serait l'« objet social » de la propriété intellectuelle⁴². Pour J.-M. BRUGUIERE, « *la propriété intellectuelle protège toutes activités créatrices de l'esprit* »⁴³. Elle ne protège qu'une « activité créatrice »⁴⁴. Il existe une certaine unité dans ces droits de propriété intellectuelle⁴⁵. D'autant plus que « *les frontières entre les types d'objets de droit se sont estompées* »⁴⁶.

Les droits de propriété intellectuelle, dans leur ensemble, restreignent l'utilisation des créations préexistantes, limitant donc la création. La liberté de création semble s'opposer aux droits de propriété intellectuelle⁴⁷.

Pourtant, la liberté de création est préservée par le droit. Ainsi, cette part de liberté au sein des droits de propriété intellectuelle, est confirmée par B. EDELMAN, dont le raisonnement se limite au champ de la propriété littéraire et artistique, lorsqu'il affirme que « *le droit envisage le sujet créateur comme libre de et dans sa création : la liberté paraît être de l'essence de la création, entendue alors comme libre production de la personne humaine* »⁴⁸. La protection préserve donc la liberté du créateur. Son importance a été minimisée : pour certains, les droits de propriété intellectuelle ne sont pas indispensables à la création, puisque celle-ci existait

³⁸ Article 27.2 de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.

³⁹ R. CASSIN, « L'intégration, parmi les droits fondamentaux de l'homme, des droits des créateurs des œuvres de l'esprit », in *Etudes sur la propriété industrielle, littéraire et artistique. Mélanges Marcel PLAISANT*, Sirey, 1960, p. 225 et suiv.

⁴⁰ A. TRICOIRE, *Petit traité de la liberté de création*, éd. la découverte, 2011, p.16 : « Liberté de création [artistique] et droit d'auteur vont de pair, indissociablement ». Voir chapitre 1, n° 33

⁴¹ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2013, n° 97

⁴² M. VIVANT, « Pour une épure de la propriété intellectuelle », in *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur de André FRANCON*, Dalloz, 1995, p. 415 et suiv., spéc. p. 418, n°6

⁴³ J.-M. BRUGUIERE, « Les droits voisins de la propriété littéraire et artistique », *propriétés intellectuelles*, avril 2012, n°43, p. 161 et suiv., spéc. p. 172

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ M. VIVANT, « Pour une épure de la propriété intellectuelle », in *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur de André FRANCON*, Dalloz, 1995, p. 415 et suiv., spéc. p. 417, n°4

⁴⁶ P. E. GELLER, « La dissolution de la propriété intellectuelle », *propriétés intellectuelles*, janvier 2006, n° 18, p. 4 et suiv., spéc. p. 6. Voir également M. VIVANT, « Créations de l'esprit. Propriété des créations : l'auteur mutant », in L. SFEZ, *Dictionnaire critique de la communication*, PUF, 1993, n° 136, p. 1240 et suiv., spéc. p. 1242

⁴⁷ Dans son cauchemar, l'auteur ne décrit-il pas un mécanisme faisant en sorte que les consommateurs ne se rendent pas compte qu'ils payaient des droits aux auteurs, le droit d'auteur ayant été rebaptisé « droit des libertés artistique » ? : Ch. CARON, « Le droit d'auteur de l'an 2440. Cauchemar s'il en fût jamais », in : *Droit et technique : études à la mémoire de Xavier Linant de Bellefonds*, éd. Litec, 2007, p. 105 et suiv., spéc. p. 111, n° 7

⁴⁸ B. EDELMAN, « Liberté et création dans la propriété littéraire et artistique. Esquisse d'une théorie du sujet », *Dalloz*, 1970, chron. XLI, p. 197, n° 1



avant⁴⁹. S'il existe d'autres moyens d'inciter à créer, le droit semble indispensable à la liberté de création.

5. L'appropriation favorable à la liberté. Les droits de propriété intellectuelle organisent la protection, permettant aux créateurs de créer et de vivre de leur création. Cela est vrai notamment pour le droit d'auteur, qui, « *au-delà du monopole, (...) est censé représenter le meilleur moyen de favoriser l'imagination - voire l'innovation - en assurant la subsistance des personnes qui en sont à l'origine, et pour le droit moral, l'hommage rendu à leur contribution* »⁵⁰. En effet, la protection inclut l'appropriation de leur création par les créateurs, auteurs, inventeurs, ou par les investisseurs. Ce serait l'octroi de droits privatifs qui permet cette liberté. On peut néanmoins se demander si la liberté de création résulte des espaces de liberté préservés par les droits privatifs, c'est-à-dire l'espace de liberté laissé par le domaine public, les limites incluses dans les droits de propriété intellectuelle. Cela semble contestable si l'on considère que la liberté de création est protégée par le recours aux droits fondamentaux.

Ces espaces de liberté, inclus au sein des droits de propriété intellectuelle, semblent établir une hiérarchie favorable à l'appropriation, lorsque l'on s'intéresse aux exceptions au droit d'auteur. En effet, les exceptions que ces droits contiennent, comme la citation ou la parodie en droit d'auteur, ne sont pas des droits mais des exceptions, comprises comme de simples intérêts non invocables devant un juge⁵¹. Ainsi, une exception ne peut « *être invoquée au soutien d'une action formée à titre principal* »⁵², et n'est donc pas opposable à toute personne, qui est la caractéristique des droits subjectifs⁵³. Cette notion est « *très complexe ; il n'existe pas d'accord général quant aux éléments qui le constituent* »⁵⁴. Au sein même des droits de

⁴⁹ Ch. CARON, « Le droit d'auteur de l'an 2440. Cauchemar s'il en fût jamais », in : *Droit et technique : études à la mémoire de Xavier Linant de Bellefonds*, éd. Litec, 2007, p. 105 et suiv., spéc. p. 113, n° 9

⁵⁰ V.-L. BENABOU, « puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA*, avril 2002, n° 192, p. 53

⁵¹ Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2008, bull. 2008, I, n°177, affaire Mulholland drive : la « *copie privée ne constitue pas un droit mais une exception légale au principe prohibant toute reproduction intégrale ou partielle d'une œuvre protégée faite sans le consentement du titulaire de droits d'auteur* ».

⁵² Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2008, bull. 2008, I, n°177. Voir également Ch. GEIGER, « De la nature juridique des limites au droit d'auteur, une analyse comparatiste à la lumière des droits fondamentaux », *pi*, octobre 2004, n°13, p.886 : les exceptions au droit d'auteur ne sont pas des droits subjectifs dans la mesure où ils ne bénéficient pas « *du pouvoir d'agir et d'exiger le respect ou d'empêcher la violation de son droit par une action en justice* ».

⁵³ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situation juridique*, Sirey, 1963, p. 136

⁵⁴ O. IONESCU, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, Bruylant, Bruxelles, 1978, n° 57, p. 96. Cela justifie que nous ne rechercheront pas à établir ce qui constitue le droit subjectif, pour distinguer l'action et la demande de respect du droit subjectif, voir notamment l'étude de S. CARRE, « Le vertige de l'irrecevabilité (A propos de l'arrêt de la cour de cassation du 19 juin 2008) » *RIDA* n° 221, juillet 2009, p. 65 et suiv., voir également Ph. GAUDRAT et F. SARDAIN, « De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur », *com. com. électr.* 2005, étude 37



propriété intellectuelle, la liberté peut donc être considérée comme un intérêt, de valeur inférieure au droit privatif. Alors, en particulier au sein du droit d'auteur, en quoi la liberté de création est réellement protégée ?

Une autre approche consiste à appréhender les droits de propriété intellectuelle dans leur ensemble. En effet, il semble qu'il faille protéger les créateurs pour que la liberté de création soit effective. Ainsi, J. GINSBURG a estimé qu'à la révolution, la suppression des privilèges, et le retrait de toute protection des acteurs de la création littéraire a entraîné une crise, rendant nécessaire le rétablissement d'un système d'encouragement et de sécurité économique, favorable aux auteurs, mais également *in fine* au public⁵⁵. Cela est d'autant plus vrai aujourd'hui que la création nécessite des investissements importants, sans lesquels elle ne serait pas possible, que ce soit dans le domaine de la recherche scientifique et médicale, dans le domaine artistique, pour le cinéma, l'opéra, l'art contemporain...

Dès lors, la liberté de création résulte d'un équilibre entre appropriation et liberté⁵⁶. La liberté de création, nécessite une protection, et l'équilibre - qui n'est pas parfait⁵⁷ - entre liberté et exclusivité existe au sein même des droits de propriété intellectuelle. Ainsi, le but des droits de propriété intellectuelle est de permettre la création. Cela a été affirmé à propos du droit d'auteur, lequel est « *attribué par l'Etat afin de promouvoir la création ; c'est sa finalité ultime* », le droit doit stimuler la création⁵⁸. En droit des brevets, il est souvent fait référence au rôle d'incitation de ce droit⁵⁹.

⁵⁵ J. GINSBURG, « Histoire de deux droits d'auteurs : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaires », *RIDA* n°47, janvier 1991, p. 124 et suiv., spéc. p. 172 à 176

⁵⁶ D. COHEN, « La liberté de créer », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 18^e éd., 2012, p. 527, n° 623 et 624 : L'auteur estime que « *reconnaître à chaque auteur un droit exclusif sur son œuvre apporte à celui-ci au moins deux garanties essentielles pour sa liberté de création future. D'abord, en offrant à l'auteur la possibilité (...) d'affirmer sa paternité (...), le droit moral l'aide à assurer puis à maintenir sa notoriété (...). Ensuite, les recettes procurées par la cession ou l'exploitation d'une œuvre contribueront, dans des proportions éminemment variables, tantôt seulement à assurer la subsistance de l'auteur, tantôt à le doter des moyens de financement de ses œuvres futures ou du moins de la capacité de trouver ce financement* ».

⁵⁷ L. MARINO, « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *JCP G* 2012, doctr. n°829, n° 9 : elle estime qu'il est faux de considérer le droit d'auteur comme un « ensemble autonome », ce qui est semble être le cas pour ceux qui le droit d'auteur comprend un équilibre entre les droits des auteurs et les autres droits. Je ne vais pas dans ce sens, j'évalue uniquement l'équilibre existant entre les droits des auteurs et ceux des futurs auteurs, la liberté qui leur est aménagée au sein du droit d'auteur et plus largement des droits de propriété intellectuelle dans l'ensemble.

⁵⁸ V.-L. BENABOU, « puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA*, avril 2002, n° 192, p. 51. L. MARINO fait également référence à la « fonction » du droit d'auteur, qui est « *sans doute d'encourager la création* » : *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, p. 102, n° 46

⁵⁹ A. BERTRAND, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd. 1999, p. 87 : « *le droit des brevets a pour objet d'encourager la recherche et le développement dans le domaine de l'industrie. Le monopole accordé aux inventeurs compense leurs investissements* ». Voir également par exemple R. KOVAR, « Respecter les règles de la concurrence : les déviances en matière de brevets à la croisée des droits de propriété intellectuelle et de la



6. Le recours au droit favorable à la liberté de création, lorsqu'elle est considérée comme un principe juridique. L'équilibre entre appropriation et liberté est donc primordial, dans la mesure où la liberté de création en dépend. Une perception excessive de l'objet protégeable est forcément limitative de la liberté de création. Et décriée également. L'équilibre entre la protection des différents intérêts est donc essentiel⁶⁰. La protection de la liberté de création se fait par le mécanisme d'équilibre inhérent aux droits de propriété intellectuelle entre les droits des créateurs et ceux des futurs créateurs. L'équilibre entre les différents intérêts, la cohérence des droits passe par la préservation de grands principes, tels que la liberté de création. Ainsi, J.-C. GALLOUX écrit qu'il est « *vain de mettre le droit à la course de la technologie : il finira par s'y épuiser. N'est-ce pas déjà le cas de ces mesures techniques ? Les ruptures technologiques prendront toujours en défaut les lois trop précises ou trop tatillonnes, celles que le législateur malheureusement affectionne comme si le souci du détail pouvait fournir dans le domaine des lois un gage de pérennité et un haut degré de prévisibilité. Il convient tout au contraire de retourner aux principes juridiques fondamentaux. Le terme « droit » inclut aussi « digere » : direction. Le droit doit donner une orientation, une finalité, infléchir les pratiques* »⁶¹. La liberté de création, incluse dans les droits de propriété intellectuelle, doit donc donner une direction à ces droits. Elle permet dès lors de conserver un équilibre au sein des droits, malgré l'émergence de nouvelles créations, utilisations.

Pour Ch. CARON, la protection par le droit d'auteur et la création peuvent être préservés à la condition de « *concilier les grands équilibres. Ne pas oublier que le destinataire du droit d'auteur est l'auteur, que le débiteur de l'argent du droit d'auteur est le public, que l'exploitant doit être encouragé. Il aurait fallu protéger le droit d'auteur et ne pas être sensible aux sirènes de ceux qui prônent la liberté absolue et la gratuité sans limites car l'excès de liberté peut aussi asservir* »⁶². La recherche de l'équilibre entre les différents intérêts permet de préserver la liberté de création. Il s'agit donc de tenir compte de la finalité de ces droits.

concurrence », in *Colloque de l'IRPI, Approches stratégiques de la propriété industrielle*, LexisNexis, 2011, p. 99

⁶⁰ E. MACKAAY, « La propriété intellectuelle et l'innovation. Analyse économique du droit », *Droit et patrimoine*, 2003, n°119, dossier : « *Tout droit intellectuel arbitre entre la créativité réalisée et celle qui est à venir. L'absence de protection compromet la créativité qui doit être spécialement stimulée ; mais la protection trop forte le fait aussi par son effet sur l'avenir* ».

⁶¹ J.-Ch. GALLOUX, « Conclusion prospective », in *Contrefaçon sur internet. Les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.0, colloque de l'IRPI*, Litec, 2009, p. 133 et suiv., spéc. p. 135

⁶² Ch. CARON, « Le droit d'auteur de l'an 2440. Cauchemar s'il en fût jamais », in : *Droit et technique : études à la mémoire de Xavier Linant de Bellefonds*, éd. Litec, 2007, p. 105 et suiv., spéc. p. 114, n° 9

7. La liberté de création, une finalité sociale des droits de propriété intellectuelle. D'une manière générale, les droits de propriété intellectuelle ont pour but d'encourager la création. Ainsi, le droit d'auteur aurait pour « *seule finalité (...) l'encouragement de la création par la protection des œuvres* »⁶³ pour A. BERTRAND. De même, V.-L. BENABOU a affirmé que « *quel que soit le système juridique dont il est issu, le droit d'auteur est attribué par l'Etat afin de promouvoir la création, c'est sa finalité ultime* ». Il a pour but la « stimulation de la création »⁶⁴. Le droit des brevets, M. VIVANT souligne qu'il s'agit d'un « droit « finalisé » »⁶⁵, ce qui implique que l'octroi d'un brevet rend nécessaire l'exploitation de l'invention. Ainsi, « *la licence « dite de dépendance » (...) tend (...) selon le mot du rapporteur de la (future) loi de 1968 au Sénat, M. Marilhac, à favoriser « l'accumulation des innovations industrielles »* », et donc la création, ce qui est profitable à la société⁶⁶. La finalité des droits de propriété intellectuelle est donc commune, ceux-ci sont « *envisagés sous le concept unitaire de progrès* »⁶⁷.

Le droit des marques présente une spécificité, dans la mesure où les marques sont, pour P. VIDON, des instruments de politique économique⁶⁸. Les signes ont donc une « fonction patrimoniale »⁶⁹ en droit des marques. La CJCE leur a reconnu d'autres fonctions, une « fonction de garantie d'identité d'origine »⁷⁰, puis « *celle garantissant la qualité du produit/service, celle de communication, d'investissement ou de publicité* »⁷¹. La liberté de création se rapproche ici de la liberté du commerce et de l'industrie.

8. L'étendue de la liberté de création n'est pas uniquement celle du champ des droits de propriété intellectuelle. Toutes les créations ne sont cependant pas protégées, elles doivent respecter les critères de protection⁷². Les créations doivent en effet avoir une certaine

⁶³ A. BERTRAND, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, 1999, Dalloz, 2^e éd., p. 80

⁶⁴ V.-L. BENABOU, « puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA*, avril 2002, n° 192, p. 51

⁶⁵ M. VIVANT, *Le droit des brevets*, Dalloz, connaissances du droit, 2^e éd., p. 87

⁶⁶ J. FOYER, M. VIVANT, *Le droit des brevets*, Puf, 1991, p. 387 : Du point de vue de la philosophie du brevet, « *la licence de dépendance constitue une atteinte [...] aux droits du breveté, mais dans le même temps elle vise à assurer le respect de la fonction qui est celle du brevet, en garantissant à celui qui apporte une amélioration à la société qu'il pourra en tirer profit* ».

⁶⁷ F. MACREZ, *Créations informatiques: bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, Litec, 2011, n° 8, p. 21

⁶⁸ P. VIDON, « Doit-on étendre ou limiter les droits de propriété intellectuelle ? Trois angles de réflexion sur la régulation de l'économie par les droits de propriété intellectuelle », *RIPIA*, 3^e trimestre 2001, n°205, p.67 et suiv. spéc. p. 72 ; J. CANLORBE, « L'usage dans la vie des affaires, condition nécessaire de la contrefaçon de marques », *Légicom*, n°44, 2010/1, p. 107 et suiv., spéc. p. 108 : les marques n'ont de fonction qu'économique.

⁶⁹ Y. BASIRE, « La fonction patrimoniale de la marque », *Légicom* n°44, 2010/1, p. 17 et suiv.

⁷⁰ CJCE 22 juin 1976, affaire 119/75, rec. p. 1039

⁷¹ CJCE, 18 juin 2009, affaire C-487/07, Ch. CARON, « Les tableaux de concordance dans l'œil du cyclone », *com. com. électr.* décembre 2009, n°12, com. n° 111, p. 33 ; A. FOLLIARD-MONGUIRAL, « CJCE, arrêt Bellure : publicité comparative et tableaux de concordance », *propriété industrielle*, 2009, n° 9, com. n° 51, p. 27

⁷² Voir chapitre 2



nature et présenter certaines qualités⁷³. L'objet de cette création dans le droit d'auteur est l'œuvre, dans les droits des brevets, l'invention, dans le droit des marques, un signe distinctif⁷⁴, limitant ainsi la protection aux créations respectant les critères établis par la loi. Cela a une incidence sur la liberté de création, qui est ainsi délimitée. Pourtant, hors des droits de propriété intellectuelle, même si l'équilibre entre appropriation et liberté n'est pas organisé, la liberté prévaut.

Il convient alors de s'interroger sur les systèmes prônant la liberté. Protègent-ils la liberté de création ?

9. L'intérêt limité du recours à la liberté. Origine du libre. Certains ont fait valoir l'idée que la liberté de création était favorisée par le recours aux licences libres, rejetant ainsi l'idée que la liberté de création résultait de la protection par les droits de propriété intellectuelle. En effet, ces licences libres et le « libre » d'une manière générale, incluant les *creative commons*, sont un phénomène résultant d'une contestation du « *principe même du droit d'auteur* », perçu comme du vol⁷⁵, allant à l'encontre du droit à la culture légitime du public. Il s'agirait d'une alternative à la mainmise des entreprises sur « *l'usage des œuvres en réseau* »⁷⁶. C'est donc un état d'esprit. A l'origine, le logiciel libre est entendu comme une réponse à la toute-puissance de Microsoft. Les programmeurs bénévoles avaient eu pour but de « *proposer un logiciel complet, efficace et ouvert à tous* »⁷⁷. Le « libre » a donc concerné les logiciels⁷⁸, avec la GPL (*general public licence*). Ces créations sont accompagnées d'une « licence ». Il s'agit d'un « *document standardisé* »⁷⁹, qui empêche le licencié « *d'exploiter de manière propriétaire le code diffusé sous une licence libre* »⁸⁰. L'utilisateur peut employer, modifier, reproduire le logiciel, redistribuer les copies du logiciel⁸¹. Lorsqu'il modifie le programme et le transmet à son tour, il est « *tenu de concéder sur les modifications réalisées*

⁷³ M. VIVANT, « Créations de l'esprit. Propriété des créations : l'auteur mutant », in L. SFEZ, *Dictionnaire critique de la communication*, PUF, 1993, n° 136, p. 1240 et suiv., spéc. p. 1246

⁷⁴ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2013, n° 97

⁷⁵ Ch. CARON, « Le droit d'auteur de l'an 2440. Cauchemar s'il en fût jamais », in : *Droit et technique : études à la mémoire de Xavier Linant de Bellefonds*, éd. Litec, 2007, p. 105 et suiv., spéc. p. 110, n° 6

⁷⁶ P.-Y. GAUTIER, « La liberté qui opprime et la loi qui affranchit », *Le Débat*, 2001/5, n°117, p. 43 et suiv., spéc. p. 44

⁷⁷ F. LATRIVE, « Les Barbares du Bazar. Une introduction aux faubourgs de la nouvelle économie », in O. BLONDEAU, F. LATRIVE, *Libres enfants du savoir numérique, anthologie du « libre »*, éd. de l'éclat, 2000, p. 11 et suiv., spéc. p. 13

⁷⁸ F. SARDAIN, « La création contributive sur internet », *RLDI* n°43, novembre 2008, p. 81 et suiv., n°5

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ E. MONTERO, « Réflexions de synthèse. Licences de logiciel libre : du neuf avec du vieux ? », in Y. COOL, Ph. LAURENT, E. MONTERO, H. HAOUDED, *Les logiciels libres face au droit*, Bruylant, 2005, p. 267, n° 450

⁸¹ E. MONTERO, *op. cit.* p. 263, n°447-448



par lui une licence identique à celle dont il bénéficie »⁸². Il existe plusieurs licences pour autorisations ou non de la modification de son œuvre, utilisation à des fins commerciales... L'auteur peut également « renoncer à ses droits »⁸³.

10. La liberté du point de vue des utilisateurs, potentiels créateurs. De fait, les créations sont de plus en plus perçues comme librement réutilisables, ce sont des biens de consommation modifiables⁸⁴ : chacun devient auteur⁸⁵. Ce phénomène est particulièrement développé en ce qui concerne les logiciels où l'on fait référence à la création contributive, qui correspond à la « création évolutive » faisant « intervenir une pluralité d'intervenants » « qui agissent de façon décentralisée et selon un mode de création non linéaire »⁸⁶.

De telles licences autorisant l'utilisation des œuvres ayant pour but la stimulation de la « collaboration entre les créateurs », serait un phénomène favorable à la fois au public et à la création future⁸⁷. Le « libre » serait donc favorable à la liberté de création. Ce mouvement, qui existait déjà, a même été reconnu par la loi⁸⁸. Ainsi, l'article L. 122-7-1 CPI⁸⁹ permet la mise à disposition du public de ses œuvres par l'auteur⁹⁰. Pour P. SIRINELLI, il s'agit d'une loi « spectacle »⁹¹.

11. Le « libre », une adaptation du droit aux nouvelles créations ou une finalité tournée vers l'utilisateur au détriment de la liberté de création ? Pour les tenants du libre, logiciel libre ou *creative commons*, ce mouvement ne « s'inscrit nullement dans une logique de négation du droit d'auteur »⁹². Il semble même qu'il s'agisse d'une nouvelle utilisation du

⁸² E. MONTERO, *op. cit.* p. 267, n° 451

⁸³ S. DUSOLLIER, « Les licences creative commons : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître », *propriétés intellectuelles*, janvier 2006, n°18, p. 10 et suiv., spéc. p. 12

⁸⁴ Voir les séries, livres et autres œuvres dont chacun est susceptible d'établir des suites, des nouvelles versions pour les publier sur internet : les fanfictions se développent.

⁸⁵ Ch. CARON, « Le droit d'auteur de l'an 2440. Cauchemar s'il en fût jamais », in : *Droit et technique : études à la mémoire de Xavier Linant de Bellefonds*, éd. Litec, 2007, p. 105 et suiv., spéc. p. 111, n° 6 : dans le cauchemar décrit ici, cette constatation était le résultat au XXI^e siècle de la possibilité pour chacun « d'adapter les œuvres selon ses goûts personnels » grâce à la technique.

⁸⁶ F. SARDAIN, « La création contributive sur internet », *RLDI* n°43, novembre 2008, p. 81 et suiv., n°1

⁸⁷ S. DUSOLLIER, « Les licences creative commons : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître », *propriétés intellectuelles*, janvier 2006, n°18, p. 10 et suiv., spéc. p. 13

⁸⁸ M. VIVANT, « La pratique de la gratuité en droit d'auteur » *RLDI* n°60 mai 2010, n° 1993, p. 59 et suiv., n°1

⁸⁹ Article L. 122-7-1 CPI : « L'auteur est libre de mettre ses œuvres gratuitement à la disposition du public, sous réserve des droits des éventuels coauteurs et de ceux des tiers dans le respect des conventions qu'il a conclues ».

⁹⁰ E. MONTERO, « Réflexions de synthèse. Licences de logiciel libre : du neuf avec du vieux ? », in Y. COOL, Ph. LAURENT, E. MONTERO, H. HAOUDED, *Les logiciels libres face au droit*, Bruylant, 2005, p. 269, n° 453

⁹¹ P. SIRINELLI, « De nouveaux modèles pour le droit d'auteur. Le point de vue du juriste », *Propriétés intellectuelles* n° 25, octobre 2007, p. 397 et suiv.

⁹² E. MONTERO, *op. cit.* p. 264, n° 448. Dans le même sens : C. ROJINSKY, V. GRYNBAUM, « Les licences libres et le droit français », *propriétés intellectuelles*, juillet 2002, n° 4, p. 28 : le libre ne s'oppose pas au droit d'auteur mais « s'appuie sur lui ». Pour les creative commons, voir S. DUSOLLIER : S. DUSOLLIER, « Les



système du droit d'auteur⁹³, le « *pouvoir d'autoriser et d'interdire* » qui existe en droit d'auteur, est utilisé dans le libre « *pour promouvoir la liberté de création et de diffusion, en accordant au licencié des droits patrimoniaux extrêmement larges* »⁹⁴.

Par ce raisonnement même, il semble qu'au contraire, le « libre » remette en cause les équilibres du droit d'auteur, dans la mesure où les droits du créateur sont largement restreints au profit des consommateurs, éventuellement créateurs à leur tour.

Certains auteurs sont favorables à l'extension du libre à d'autres créations que les logiciels.

12. L'extension contestable du mouvement du libre aux œuvres de l'esprit, hors logiciel. Tout d'abord, les créations protégées par le droit d'auteur, autres que les logiciels peuvent ainsi faire l'objet de licence, les licences *creative commons*. Celles-ci sont présentées comme un « *droit d'autoriser et d'interdire* ». Or l'autorisation faite par « l'ayant-droit » d'utiliser « son œuvre » serait « *le but même de la propriété littéraire et artistique* » qui offre « *cette maîtrise et ce choix aux auteurs* »⁹⁵.

Celles-ci ont été critiquées. En effet, le libre pour les logiciels s'explique par le fait qu'il s'agit d' « *objets fonctionnels nécessitant adaptations, mises à jour, évolutions et autres actes de maintenance* ». Ainsi, pour G. VERCKEN, « *les autres œuvres obéissent à une autre logique* »⁹⁶, c'est une création qui s'utilise⁹⁷. Si les créations en elles-mêmes sont accessibles gratuitement, les services « *gravitant autour de « l'utilisation » des œuvres* », permettent un retour sur investissement⁹⁸. Cette logique est difficilement extensible aux autres œuvres. Dès lors, l'utilisation de telles licences (*creative commons*) semble défavorable aux créateurs,

licences creative commons : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître », *propriétés intellectuelles*, janvier 2006, n°18, p. 10 et suiv., spéc. p. 14 : « Creative commons ne démantèle par la maison du droit d'auteur, mais use de certains de ses outils pour redonner forme à une partie de celle-ci ».

⁹³ E. MONTERO, *op. cit.* p. 274, n° 456 ; F. LATRIVE, « Les Barbares du Bazar. Une introduction aux faubourgs de la nouvelle économie », in O. BLONDEAU, F. LATRIVE, *Libres enfants du savoir numérique, anthologie du « libre »*, éd. de l'éclat, 2000, p. 11 et suiv., spéc. p. 16-17 : « Le libre s'est même doté de licences, de contrats, qui s'inscrivent au cœur même des lois sur la propriété intellectuelle, en les détournant ».

⁹⁴ E. MONTERO, « Réflexions de synthèse. Licences de logiciel libre : du neuf avec du vieux ? », in Y. COOL, Ph. LAURENT, E. MONTERO, H. HAOUDED, *Les logiciels libres face au droit*, Bruylant, 2005, p. 264, n° 448

⁹⁵ S. DUSOLLIER, « Les licences creative commons : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître », *propriétés intellectuelles*, janvier 2006, n°18, p. 10 et suiv., spéc. p. 14

⁹⁶ Cité par : S. ROZENFELD, « Droit d'auteur et internet. Michel Houellebecq à l'épreuve des licences libres », *Expertises* n°354, janvier 2011, act. p. 3

⁹⁷ F. SARDAIN, « La création contributive sur internet », *RLDI* n°43, novembre 2008, p. 81 et suiv., n°6 :

⁹⁸ E. MONTERO, « Réflexions de synthèse. Licences de logiciel libre : du neuf avec du vieux ? », in Y. COOL, Ph. LAURENT, E. MONTERO, H. HAOUDED, *Les logiciels libres face au droit*, Bruylant, 2005, p. 265, n° 448



parce qu'elles ne sont pas adaptées aux œuvres littéraires et artistiques⁹⁹. Pour certains cependant, les auteurs seraient intéressés par ces licences parce qu'elles permettent une plus grande liberté : l'auteur « *conserve ses droits et décide de ce qui peut être fait de son œuvre, sans qu'un intermédiaire lui dicte quel devrait être le mode d'exploitation de son œuvre* »¹⁰⁰. Cela est cependant discutable, et vise à faire accepter ce mécanisme pour des créations auxquelles il n'est pas adapté¹⁰¹.

Cependant, ce sont surtout les utilisateurs qui profitent du libre, qui sont au centre du mécanisme de ces licences : « *le don de la création à la collectivité* » serait justifié par les besoins de la collectivité. Grâce à ces licences donc, « *le partage et la réutilisation des œuvres* » serait favorisé, alors que le droit d'auteur permettrait un « *contrôle absolu sur l'accès à celle-ci (telle qu'est perçue la logique dominante actuelle en matière de droit d'auteur)* »¹⁰². Les licences *creative commons*, qui sont conçus comme une alternative au droit d'auteur, ont une logique opposée aux droits de propriété intellectuelle, se pliant ainsi aux volontés des consommateurs.

Le libre a été très critiqué, en particulier parce que cette logique participe au rejet du droit d'auteur, et changerait *in fine* la perception que l'on a de la pratique artistique¹⁰³. En effet, par les droits attribués aux auteurs, comme « *de l'exigence d'une autorisation préalable et d'une rémunération, il y a la prise en considération de la dignité des créateurs et de l'importance de leur activité, aux yeux de la société* »¹⁰⁴. De plus le libre s'imposerait aux auteurs¹⁰⁵.

⁹⁹ S. ROZENFELD, « Droit d'auteur et internet. Michel Houellebecq à l'épreuve des licences libres », *Expertises* n°354, janvier 2011, act. p. 3. L'auteur fait référence

¹⁰⁰ S. DUSOLIER, « Les licences creative commons : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître », *propriétés intellectuelles*, janvier 2006, n°18, p. 10 et suiv., spéc. p. 16

¹⁰¹ S. DUSOLIER, *op. cit.*, p. 10 : le discours accompagnant la licence creative commons « *vise à faire de creative commons l'avenir de la création artistique et de l'accès à la culture* ».

¹⁰² S. DUSOLIER, *op. cit.* p. 13

¹⁰³ S. DUSOLIER, *op. cit.* p. 18 : « *Faire reposer la légitimité du droit d'auteur ou de son exercice uniquement sur les besoins des utilisateurs des œuvres pourrait pareillement contribuer à construire socialement et culturellement une vision fort différente et dommageable de la pratique artistique* ».

¹⁰⁴ P.-Y. GAUTIER, « La liberté qui opprime et la loi qui affranchit », *Le Débat*, 2001/5, n°117, p. 43 et suiv., spéc. p. 46, n°5

¹⁰⁵ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.* p. 44 : certains créateurs « *abdiquent joyeusement leurs droits, en offrant leurs œuvres aux internautes du monde entier. Ils le font sur la base du volontariat et de la gratuité, mais peut-on prendre pour autant ce comportement gracieux comme un modèle à imposer à tous ceux qui veulent conserver le droit d'autoriser l'usage de leurs œuvres sur l'Internet et recevoir des redevances, plus ou moins élevées selon l'importance de l'exploitation et les ressources de ceux qui se servent de leur travail - opera, œuvre - pour le communiquer en masse à autrui ?* ».



Enfin, le libre irait à l'encontre de la liberté de création : pour certains auteurs, la gratuité qui est le principe dans ce mouvement « *ne peut que priver les auteurs de leurs revenus et les décourager de créer* »¹⁰⁶.

Si le libre constitue bien une manifestation de la liberté de création, il s'agit d'un modèle différent de celui envisagé dans cette étude. Le libre est un phénomène à part, reposant sur des valeurs propres, mettant l'accès aux créations au centre du dispositif. L'équilibre entre les intérêts des consommateurs et ceux des créateurs n'est pas le même, dans la mesure où la protection de la création n'est pas la finalité du libre. Dès lors, il semble que la protection de la liberté de création doive être envisagée en présence de droits de propriété intellectuelle, susceptible de limiter cette liberté, tout en garantissant les droits des acteurs de la création.

Dès lors, un encadrement par le droit semble indispensable. Cependant, il est parfois nécessaire de palier les lacunes subsistant après que l'équilibre entre liberté et appropriation en vue de la protection de la liberté de création ait été trouvé. Ainsi, le retour au principe, la liberté de création, est parfois effectué par le biais des droits fondamentaux qui permettent d'équilibrer les intérêts en présence.

13. L'encadrement par les droits de propriété intellectuelle complété par le recours aux droits fondamentaux. Le mécanisme instauré par les droits de propriété intellectuelle reste fondamental, mais l'utilisation des droits fondamentaux a permis, alors que l'on assiste à une complexification du droit, d'équilibrer les intérêts en présence, favorablement à la liberté de création. Ainsi, le recours aux droits fondamentaux et, en particulier, de la liberté d'expression, permet de mettre en balance la « *pesée des intérêts* » et d'appliquer les droits conformément à leur finalité. Cette « *démarche est toute casuistique. Et innovante* »¹⁰⁷. Le cas par cas est important, notamment lorsque les juges se réfèrent aux droits fondamentaux. Cette méthode permet en particulier de concilier les droits, tout en prenant en compte « *leur finalité sociale* »¹⁰⁸. Pour L. MARINO, cette « *fondamentalisation du droit de propriété intellectuelle* » est due au piratage. Cette méthode de pesée des intérêts que le recours à la liberté de création (ou d'expression qui est, elle, reconnue) existait déjà par

¹⁰⁶ L. PFISTER, « Histoire du droit d'auteur », *JurisClasseur propriété littéraire et artistique*, fasc. 1110, n°88. Il cite : J.-C. CARRIERE, selon lequel « *si on laisse libre le téléchargement, un jour viendra où les téléchargeurs n'auront plus rien à télécharger. Une liberté détruit l'autre* ».

¹⁰⁷ L. MARINO, « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *JCP G* 2010, doctr. n°829, n° 7 et 9

¹⁰⁸ L. MARINO, *op. cit.*, n° 7



le recours à l'abus de droit¹⁰⁹. L'abus de droit est un correctif qui vise à empêcher l'utilisation d'un droit contrairement à ce pour quoi il a été fait. Ainsi, pour L. JOSSERAND, « *commet un abus celui qui détourne un droit-fonction de sa finalité* »¹¹⁰. C'est un principe de pondération¹¹¹. Reconnaître l'importance de la liberté de création en propriété intellectuelle va au-delà de l'étude de l'abus de droits, et de la prise en compte de la finalité des droits et de leur éventuel détournement. En effet, étudier les droits de propriété intellectuelle sous le prisme de la liberté de création permet d'être critique par rapport à l'évolution de ces droits, et permet de plus d'équilibrer les intérêts en cause, alors même que les droits sont revendiqués à bon escient, sans abus de la part de leur titulaire.

Le recours aux droits fondamentaux est d'autant plus important, qu'ils « *permettent au juge de dépasser la loi interne, lui fournissant « un moyen de (la) compléter, d'y ajouter ou d'y suppléer là où elle apparaît incomplète, lacunaire ou insuffisante* » »¹¹². Un autre équilibre doit être trouvé hors des droits de propriété intellectuelle : la liberté qu'ils permettent peut nécessiter des ajustements. Dès lors un équilibre peut être externe, complétant les droits de propriété intellectuelle, ou permettant un équilibre avec d'autres intérêts.

14. Une liberté parmi d'autres. De plus, la liberté de création n'est pas une liberté absolue, elle doit être conciliée avec d'autres droits et libertés.

La liberté de création peut être limitée par des intérêts autres que l'équilibre entre création et création future au sein des droits de propriété intellectuelle. La liberté de création est néanmoins confrontée aux autres droits et libertés fondamentaux, que les intérêts qu'ils protègent soient collectifs ou individuels.

Elle peut être limitée également de fait, lorsque le droit rend plus difficile la diffusion ou la cantonne à un public restreint. Les restrictions apportées à la liberté d'expression ou encore à d'autres droits tels que la dignité humaine peuvent également avoir une incidence sur la liberté de création. Certaines créations ne pourront être réalisées ou ne pourront être diffusées. Concernant la liberté de la recherche, « *le pouvoir politique* » peut, « *même dans le cadre d'une démocratie* », orienter la recherche par l'octroi des crédits à tel ou tel programmes de

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ F. POLLAUD-DULIAN, « Abus de droit et droit moral », *Dalloz*, 1993, p. 97

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² L. MARINO, *op. cit.*, n° 11



recherche¹¹³. Le pouvoir économique peut également limiter la liberté de la recherche, ainsi que les produits qui en sont issus¹¹⁴.

15. La protection de la liberté de création résulte d'un équilibre entre différents intérêts. Il existe ainsi deux aspects à la liberté de création. Elle est incluse dans les droits de propriété intellectuelle, résultat d'un équilibre entre appropriation et liberté. Elle est également mise en balance avec d'autres intérêts, qui peuvent s'y opposer. La liberté de création n'est donc pas simplement un espace de liberté opposé à l'appropriation, mais la possibilité de créer une œuvre, une invention, une marque, grâce à l'équilibre garanti par l'existence de droits privatifs limités, et par la sauvegarde de cette possibilité de créer même si cela doit limiter les intérêts de tiers. La préservation de la liberté de création résulte donc d'une part de la protection par les droits de propriété intellectuelle, d'autre part, elle est issue de la place qui lui est faite face aux intérêts des tiers, en particulier grâce au recours aux droits fondamentaux. La liberté de création est en effet susceptible de céder face à une autre liberté ou droit fondamental, lorsque l'intérêt poursuivi par celui-ci prévaut, dans l'intérêt général.

16. Annonce des parties. La liberté de création doit tout d'abord être recherchée au sein des droits de propriété intellectuelle. Ensuite, la liberté de création a d'autres frontières que l'équilibre entre création et création future au sein des droits de propriété intellectuelle.

¹¹³ C. BLAIZOT-HAZARD, *Droit de la recherche scientifique*, PUF, 2003, p. 50

¹¹⁴ Il semblerait que les besoins du marché dictent la création des produits et la recherche : C. BLAIZOT-HAZARD, *op. cit.* p. 50-51



PARTIE 1 : LA LIBERTE DE CREATION GARANTIE PAR LES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE

17. Quelle appréhension de la liberté de création en droit positif ? La liberté de création citée par les juges ou le code de la propriété intellectuelle semble avoir différentes applications. Lorsque la jurisprudence ou la loi font référence à la liberté de création, il s'agit de la liberté de créer des œuvres d'art¹¹⁵, plus largement des images¹¹⁶ ou des films¹¹⁷, de la liberté des créateurs de dessins ou modèles¹¹⁸, ou encore de la liberté de l'écrivain¹¹⁹.... Les juges recherchent alors à déterminer le degré de liberté de création afin de faire accéder son auteur à la protection par un droit de propriété intellectuelle, ou encore à permettre au créateur de limiter sa liberté avant création et donc avant toute protection par les droits de propriété intellectuelle, ou enfin à préserver cette liberté face aux intérêts de tiers.

Il semble que la liberté de création ne peut être limitée à ces quelques exemples. La liberté de création peut résulter, dans des cas particuliers, des droits de propriété intellectuelle. En effet, ces droits ont vocation à permettre la création.

Afin de mieux appréhender la liberté de création, il est nécessaire de s'attacher à ses fonctions. En effet, elle permet, protège, voire encourage la création. A ces fins, il semble que cette liberté peut être invoquée à différents stades de la création. Cette liberté ne peut être effective que si des espaces de liberté suffisant sont aménagés, afin que le créateur puisse s'inspirer de ce qui l'entoure et de créations préexistantes. La liberté de création suppose aussi que la création réalisée soit également protégée. Lorsqu'il s'agit de favoriser la création, cela signifie que les créateurs peuvent créer dans les meilleures conditions possibles et également vivre de leurs créations. Cela peut également être un financement sans lequel il n'y aurait pas création. Cette forme d'incitation n'est pas indispensable dans tous les domaines de création. Néanmoins, dans certains cas, lorsqu'elle nécessite des recherches, ou/et lorsque son

¹¹⁵ Voir par exemple, Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 1973

¹¹⁶ Par exemple TGI Nanterre, 1^{re} ch., A, 26 novembre 1997 ; CA Paris, ch. 14, section B, 5 octobre 2007, JurisData 2007-344787, com. Ch. CARON, « Droit d'auteur : vive la liberté de création ! », *comm. comm. électr.*, n° 12, décembre 2007, comm. 149

¹¹⁷ Par exemple, TGI Paris, 8 avril 1987, *RIDA*, n° 133 juillet 1987, p. 202 ; « Chronique de propriété littéraire et artistique », *JCP* 1987, I, 3312, n° 16 annexe 3. Confirmé en appel : CA Paris, 25 avril 1989, *RIDA* n° 143, janvier 1990, p. 314 ; C. COLOMBET, *Dalloz* p. 58 ; *RTD civ.*, 1990, p. 284, MESTRE ; TGI de Nancy, ch. 9, ord. Réf., 3 octobre 2006, JurisData n° 2006-323099 ; voir CA Paris, 14^e ch. B, 2 février 2006, *Légipresse*, n° 230, avril 2006, I, p. 52-53, n° 230-23 ; cass. 1^{re} civ., 7 février 2006, *Légipresse* n° 230, avril 2006, I, p. 54, 230-27

¹¹⁸ Article L. 511-4 du CPI

¹¹⁹ Voir par exemple : CA Paris, pôle 5, ch. 7, 24 novembre 2010, *Légipresse* n° 279, janvier 2011, p. 15 n° 279-21 ; Cass. 1^{re} civ., 7 février 2006, bull. 2006 I n° 59 p. 59



élaboration demande des fonds importants, la création ne pourrait exister sans droits de propriété intellectuelle. S'il semble défavorable à la création artistique d'envisager le droit d'auteur comme un mécanisme d'incitation à la création - dans la mesure où cela le rapprocherait du copyright¹²⁰ - il est néanmoins indispensable pour certains types de création que le droit remplisse ce rôle¹²¹. En effet, certaines créations nécessitent des investissements importants, cela est évident pour les créations industrielles, plus particulièrement à caractère technique¹²², pour lesquels l'incitation est à l'origine de la protection. Parmi les principes de la protection par le brevet, la description de l'invention a pour but de « *favoriser d'autres recherches* »¹²³. La fonction d'incitation de ce droit est toujours l'une des raisons de la protection. L'exigence de l'investissement est également vraie pour certaines créations artistiques, comme les œuvres audiovisuelles. Le rôle incitatif du droit existe donc¹²⁴ dans les différents droits de propriété intellectuelle.

Par toutes ces fonctions, la liberté de création peut être rapprochée de la propriété intellectuelle. En effet, celle-ci aurait comme « *finalité générale* », d'« *encourager, développer et diffuser les différentes formes de création* »¹²⁵. Il a également été affirmé dans le même sens que le droit d'auteur « *encourage les arts et protège les créations* »¹²⁶.

18. L'appréhension de la création par le droit est limitée : la création protégeable, ce n'est pas toute la création. Cependant, la protection par un droit de propriété intellectuelle est limitée : il doit tout d'abord y avoir création. De plus, il est fait référence à l'œuvre, à l'invention, au signe distinctif, à l'obtention végétale... La création doit répondre à certains critères pour que le bénéfice de l'un de ces droits puisse être accordé au créateur.

19. La garantie de la liberté de création par les droits de propriété intellectuelle. Par certaines dispositions, les droits de propriété intellectuelle permettent la création, en limitant la protection à laquelle peuvent prétendre les titulaires des droits. Ainsi, cette protection est limitée, en particulier dans le temps. D'autres exceptions aux droits de propriété intellectuelle sont explicitement prévues, comme le droit de citation ou le perfectionnement. Il

¹²⁰ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd. 2013, p. 15, n° 7

¹²¹ Voir notamment Ch. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, Paris, 2004 (thèse, Montpellier 1), n° 27, p. 27 et suiv.

¹²² Il s'agit principalement des inventions

¹²³ F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, éd. Economica, 2011, p. 94, n° 143

¹²⁴ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *op. cit.* n° 5

¹²⁵ F. MACREZ, *Créations informatiques: bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, Litec, 2011, n° 26, p. 44-45

¹²⁶ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droit voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, p. 1, n° 1



s'agit alors d'un retour au principe de la liberté. Toutes ces restrictions sont favorables à la création. Il semble alors que les droits de propriété intellectuelle protègent les créateurs en leur accordant l'exclusivité sur leur création, mais prévoit également d'aménager un espace de liberté pour la création future. Il semble donc que la liberté de création soit contenue dans les droits de propriété intellectuelle.

Ainsi, la liberté de création et les droits de propriété intellectuelle sont liés. Il ne s'agit pas pour la liberté de création de s'opposer à l'appropriation, issue des droits de propriété intellectuelle, mais plutôt d'être prise en compte, d'être intégrée au sein du mécanisme de protection. Ce sont à la fois les créateurs et les futurs créateurs qui sont défendus ici. La liberté de création, dans la mesure où elle protège la création, a un but identique aux droits de propriété intellectuelle. Elle se retrouve au sein des droits de propriété intellectuelle, elle en est même une notion centrale (Titre 1). De plus, la liberté de création, « organisée » par les droits de propriété intellectuelle est présente dans nombre de dispositions, pour garantir la création future. La liberté de création se manifeste au sein des droits de propriété intellectuelle, elle est en même un impératif sous-jacent (Titre 2).



TITRE 1 : LA LIBERTE DE CREATION, AU CENTRE DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE

20. Une liberté non définie. La propriété intellectuelle, comme toutes les autres branches du droit vise à réaliser un équilibre entre les intérêts des différents acteurs¹²⁷. La liberté de création est sollicitée à cette fin¹²⁸. Elle est comprise dans les droits de propriété intellectuelle, dans la mesure où les droits accordés aux créateurs sont limités.

La liberté de création n'est cependant pas définie. La première démarche consiste donc à rechercher ce qu'est la liberté de création. Il s'agit *a priori* dit-on d'une liberté, d'un droit de l'homme sans que l'on sache véritablement définir ces termes. Ce serait une liberté qui « protège » la création. Cela soulève une nouvelle difficulté dans la mesure où l'on s'interroge sur ce que le droit positif entend par création. La création qui peut être appréhendée par la liberté de création est notamment celle que protègent les droits de propriété intellectuelle.

21. La création. La recherche de ce qu'est le concept de liberté de création est d'autant plus difficile que la création elle-même n'est pas définie tant elle est protéiforme.

Or la création en droit de la propriété intellectuelle est fondamentale, dans la mesure où c'est cette création qui est protégée¹²⁹, à travers la protection des créateurs, les incitations à la création et les limites aux appropriations excessives qui empêcheraient toute nouvelle création.

¹²⁷ Entre les créateurs, ceux qui financent la création, les futurs créateurs.

¹²⁸ La jurisprudence ne se réfère pas toujours à la liberté de création. La liberté d'expression est souvent invoquée en matière artistique : voir entre autres exemples CA Paris, 28 février 1995, *Légipresse* 1995, n° 121, I, p. 51 ; la liberté d'expression est opposée au droit à l'image (CA Paris, 11^e ch., section A, 5 novembre 2008, « Le droit à l'image face à la liberté d'expression artistique », *Légipresse* mars 2009, n° 259, III, p. 57) ou encore à la vie privée (cass. 1^{re} civ. 9 juillet 2003, JCP G 10 septembre 2003, II 10139), de plus en plus en raison de l'engouement suscité par les fictions du réel. La liberté d'expression peut aussi être invoquée par les créateurs contre le droit à l'image des biens (CA Paris, 31 mars 2000, 4^e ch., section B ; TGI Paris 17^e ch., 31 mai 2000, où sont invoquées les libertés d'expression et de communication).

La liberté d'expression est considérée par la doctrine comme étant le fondement des exceptions de parodie, pastiche et de caricature, au droit d'auteur. Voir sur ce point Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2009, 2^e éd., n° 382 à 385. La liberté d'expression a aussi été invoquée pour justifier la parodie de marque.

La liberté d'expression artistique : comme contrepoids à la censure, voir par exemple M.-F. DELHOSTE, « Liberté d'expression artistique et moralité publique, la pérennité d'un discours », *Revue de droit public*, n° 3-2003, chronique p. 889

Ce qui ajoute à la confusion et ne permet pas de délimiter facilement la liberté de création est que la doctrine également invoque plusieurs libertés sans les distinguer : E. DERIEUX, à propos de cass. 1^{re} civ., 2 mai 2001 : « Protection de l'image des biens et droit de propriété », *Légipresse*, n° 191, mai 2002, III, p. 84

¹²⁹ Dans ce sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, précis Dalloz, 2^e édition, 2013, n° 97, p. 115 : « Sur quoi porte la propriété intellectuelle ? Sur une création ». L'objet de cette création en droit d'auteur étant l'œuvre, en droit des brevets l'invention et en droit des marques, sur un signe distinctif.



La création « protégeable », qui est appréhendée par le droit ou susceptible de l'être, est principalement celle qui sera prise en compte pour déterminer l'étendue de la liberté de création. Celle-ci est cependant plus large, certaines créations ne donnant pas lieu à des droits de propriété intellectuelle¹³⁰. Est ainsi difficile à saisir la création qui resterait dans une sphère strictement privée, ou qui ne présenterait pas une originalité, une innovation suffisante, qui serait trop banale.

En effet, ce que garantissent les droits de propriété intellectuelle principalement, c'est une forme d'appropriation permettant une rémunération, un retour sur investissement, à laquelle s'ajoutent, pour le droit d'auteur et ceux des interprètes, des droits moraux prenant en compte la nature particulière de ce droit¹³¹. Or, si la création est encouragée et fait l'objet d'une rémunération par le biais de l'appropriation prévue par la propriété intellectuelle, il est nécessaire de permettre aux futurs créateurs de créer en assurant une liberté de création à ces derniers. La propriété¹³², tout en permettant de « valoriser la création faite », est néanmoins une « contrainte pour la création à réaliser »¹³³. La liberté doit rester la règle¹³⁴. Ces droits sont limités, prenant ainsi en compte les intérêts des tiers. La reconnaissance de la liberté de création est donc indispensable pour créer, qu'elle soit garantie par le législateur¹³⁵ ou le cas

¹³⁰ M. VIVANT, « Le droit d'auteur, un droit de l'Homme ? », *RIDA*, n° 174, octobre 1997, p. 61 et suiv., spéc. p. 105, n° 15 : « Toutes les créations ne donnent pas lieu à propriété. Ni même d'ailleurs nécessairement à des droits formalisés : il n'y a pas ainsi, comme tels, de reconnaissance des droits des scientifiques explorant de nouveaux univers ni même, à dire vrai, de réelles revendications de la part de ceux-ci ».

¹³¹ Il s'agit d'une propriété limitée dans le temps. Considérer que la propriété intellectuelle est un droit de propriété a fait et fait encore l'objet de débat entre les tenants de la thèse personnaliste et ceux qui considèrent les droits de propriété intellectuelle comme des droits de propriété comme E. POUILLET (*Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, LGDJ, 8^e éd. 1908, n° 9), voir également J. RAYNARD, *droit d'auteur et conflit de lois*, Litec, 1990, n° 421 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE considèrent qu'il s'agit d'un droit de propriété spécifique (M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, précis Dalloz, 2^e édition, 2013, n° 29, p. 46) Sur ces thèses : M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *op. cit.* n° 28 à 31

¹³² Sur la nature des droits de propriété intellectuelle, voir notamment J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle, tome 1, marques et autres signes distinctifs, dessins et modèles*, L.G.D.J., 2009, p. 12 à 16, n° 11 et 12 pour lequel, ces droits sont des droits de propriété.

¹³³ M. VIVANT (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, éd. Ellipses, Paris, juillet 1997, p. 27

¹³⁴ J. FOYER et M. VIVANT, *Droit des brevets*, PUF, 1991, p. 9 : pour illustrer leur propos, ils ont recouru à une image devenue célèbre, utilisée alors à propos du droit des brevets : « celle d'un archipel où chaque droit privatif chacun constitué sur une création de l'esprit particulière émerge cille une île d'un océan soumis au régime de la liberté ».

Contre : pour ceux qui estiment que le droit d'auteur est un droit sacré, et donc que « l'auteur, ne saurait en aucune manière être discuté » ce qui conduit à considérer que les exceptions au droit d'auteur doivent être étroites. (M. VIVANT y fait référence : « Analyse critique et prospective. Un point de vue français », in Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R. HILTY, *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, éd. Litec, 2007, p. 97)

¹³⁵ Ont ainsi été mis en place des techniques législatives, des instruments qui permettent « une plasticité du droit et réalisent une délégation volontaire du pouvoir normatif au juge – notions-cadres, définitions abstraites », ainsi que les « procédés de clôture, de restriction – liste exhaustive des exceptions, règles applicables au contrat de cession » : tout cela avait pour but de protéger la création et le créateur : A. BENSAMOUN, « Portrait d'un droit d'auteur en crise », *RIDA*, n° 224, avril 2010, p. 3 et suiv., spéc. p. 27



échéant rétablie par les juges. Pour certains, cet objectif semble cependant perdu de vue, avec par exemple la protection du logiciel par le droit d'auteur. Ainsi, « *l'idéal [de ce droit] n'est plus la création, mais la fonction* »¹³⁶. La dimension économique prendrait le pas sur l'aspect moral, en particulier du droit d'auteur¹³⁷.

La liberté de création, dans la mesure où son objet est celui des droits de propriété intellectuelle, semble devoir être étudiée et recherchée pour une large part, au sein de ces droits¹³⁸.

22. La liberté de création prise en compte par les droits de propriété intellectuelle ? La liberté de création est donc la liberté encadrant les droits de propriété intellectuelle. Ces droits peuvent en effet être perçus « *comme un mécanisme d'incitation à la création* »¹³⁹. De ce fait, l'intérêt des différents acteurs de la création sont pris en compte dans les droits de propriété intellectuelle. S'il semble que la propriété intellectuelle est issue de la liberté du commerce et de l'industrie, la spécificité de la création intellectuelle doit être prise en compte. Ce lien est ancien. En effet, la liberté, en tant que « *principe fondateur du libéralisme auquel est précisément liée l'histoire de la propriété intellectuelle* »¹⁴⁰ est la règle. C'est pour assurer cette liberté spécifique qu'est la liberté de création que la recherche d'un équilibre entre les différents intérêts est importante.

Ces intérêts peuvent être pour les créateurs de bénéficier d'une protection particulièrement étendue, par exemple dans la durée. Cela a comme contrepartie une limitation du domaine public appropriable. Le public, et donc les futurs créateurs, ont intérêt eux à ce que le droit soit limité dans le temps. L'opposition entre ces intérêts n'est cependant pas aussi tranchée. L'incitation à la création qui consiste en une protection satisfaisante et encourageante pour les créateurs est également favorable au public¹⁴¹.

La liberté de création est tout d'abord d'une liberté (chapitre 1). Son objet est la création. Si la liberté de création offre une protection plus large que les droits de propriété intellectuelle, la mise en œuvre de la liberté de création est garantie principalement par ces droits. La

¹³⁶ A. BENSAMOUN, *op. cit.* p. 13

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ Son objet étant ce sur quoi le droit porte.

¹³⁹ B. GLEIZE, *La protection de l'image des biens*, éd. Defrénois, 2008, p. 255, n° 394

¹⁴⁰ M. VIVANT (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, éd. Ellipses, Paris, juillet 1997, p. 9

¹⁴¹ Ch. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, Paris, 2004 (thèse, Montpellier 1), n° 62, p. 78



délimitation de la création protégeable telle qu'ils l'envisagent permet donc de déterminer l'objet de la liberté de création (chapitre 2).



CHAPITRE 1 : LA LIBERTE DE CREATION SOUS L'ANGLE DES LIBERTES

23. Une liberté. La liberté de création n'est pas mentionnée en tant que telle dans les textes et n'a donc *a priori* aucune valeur. Cela signifie que le respect de la liberté de création en tant que telle n'est pas obligatoire. On constate cependant que lorsqu'elle est mentionnée par les juges, elle peut même être restreinte par contrat, notamment dans le cadre des contrats entre peintres et marchands de tableaux, et plus généralement dès lors qu'une commande a été passée.

Pourtant, elle ne peut être entravée¹⁴². Elle doit de plus être conciliée avec d'autres droits, en particulier, d'autres droits fondamentaux, tels que le droit à la vie privée¹⁴³ par exemple.

Son importance est reconnue par la déclaration universelle des droits de l'homme. Elle n'y est pas nommée, mais lorsque l'article 27 dispose que « *1. Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent* », il semble que c'est la liberté de création qui est ici présentée comme un « idéal » à atteindre, devant être reconnu et rendu effectif¹⁴⁴ dans la loi. Ainsi, R. CASSIN fait référence au « *principe de la liberté créatrice* »¹⁴⁵ affirmé par l'article 27 de la Déclaration universelle de 1948¹⁴⁶. L'auteur précise que cela est vrai également pour les inventeurs, même s'ils ne sont pas visés

¹⁴² Voir notamment dans ce sens : CA Aix en Provence, 23 février 1965, comm. par R. SAVATIER, *Dalloz* 1966, jurisprudence, p. 166 ; *Gazette du palais* 1965, I, p. 316 et p. 92, R. SARRAUTE ; H. DESBOIS, *RTD com* 1965, p. 849 ; *RIDA* 1966, LI, p. 34

¹⁴² Paris, 15 novembre 1966, *Dalloz* 1967, p. 284 ; *RTD civ.* 1967, p. 189 com. G. CORNU

¹⁴³ Article 8 de la CEDH : « *Droit au respect de la vie privée et familiale*

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

¹⁴⁴ Le préambule de la déclaration universelle des droits de l'homme *in fine* : « *L'Assemblée Générale proclame la présente Déclaration universelle des droits de l'homme comme l'idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations afin que tous les individus et tous les organes de la société, ayant cette Déclaration constamment à l'esprit, s'efforcent, par l'enseignement et l'éducation, de développer le respect de ces droits et libertés et d'en assurer, par des mesures progressives d'ordre national et international, la reconnaissance et l'application universelles et effectives, tant parmi les populations des Etats Membres eux-mêmes que parmi celles des territoires placés sous leur juridiction* ».

¹⁴⁵ R. CASSIN, « L'intégration, parmi les droits fondamentaux de l'homme, des droits des créateurs des œuvres de l'esprit », in *Etudes sur la propriété industrielle littéraire et artistique, Mélanges Marcel Plaisant*, Sirey, 1960, p. 225 et suiv., spéc. p. 228

¹⁴⁶ Article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948

Pour R. CASSIN, le principe de la liberté de création a été affirmé dès le projet de la déclaration, qui ne comprenait que le premier paragraphe : R. CASSIN, *op. cit.* p. 228



expressément dans le second paragraphe¹⁴⁷. Les articles 41 et 42 du projet de R. CASSIN, dont est issu l'article 27, disposaient en effet que « *Tout individu a le droit de prendre part à la vie culturelle de la société, de jouir des arts, de participer aux bienfaits de la science. L'auteur de toute œuvre artistique, littéraire, scientifique et l'inventeur conservent, indépendamment des revenus légitimes de leur travail, un droit moral sur leur œuvre ou leur découverte, droit qui ne disparaît pas, même lorsque cette œuvre est tombée dans le patrimoine commun de tous les hommes* »¹⁴⁸.

La liberté de création est comprise comme un but à atteindre et a alors un rôle de cadre. Elle est donc susceptible d'être mise en œuvre par des textes plus spécifiques. C'est l'étude de l'application de ces textes qui permet de déterminer l'existence ou non de la liberté de création (section 1). Ces buts sont vraisemblablement la garantie de pouvoir créer, sans entraves excessives, aux différents stades de la création, voire de favoriser la création. Les droits des créateurs étant principalement encadrés par les droits de propriété intellectuelle, ceux-ci doivent prendre en compte les intérêts des créateurs et de ceux qui permettent la création. La liberté de création, telle qu'elle est appliquée joue donc un rôle d'équilibre par rapport aux différents intérêts des acteurs de la création (section 2).

Section 1 : L'existence de la liberté de création

24. Les différentes applications de la liberté de création. La liberté de création n'est pas reconnue en tant que liberté fondamentale, bien qu'elle soit vraisemblablement un but à atteindre, donc une norme qui a vocation à être « *dominatrice* »¹⁴⁹, c'est-à-dire qu'elle ne serait pas qu'un critère ou un principe auquel se référer en cas de silence de la loi. Ainsi, dans les différentes situations où les juges ont recours à la liberté de création, son utilisation a eu plusieurs fins. Elle a permis de déterminer dans quelle mesure les créateurs pouvaient limiter leur liberté, dans le cadre des contrats de mécénat¹⁵⁰ qui ne bénéficie pas de l'encadrement des contrats d'édition. Elle a également servi à la protection due aux créateurs, en leur

¹⁴⁷ R. CASSIN, *op. cit.* p. 235 : R. CASSIN nous enseigne en effet, que ceux-ci étaient mentionnés dans l'avant-projet français de déclaration de 1947 et dans la déclaration de Bogota.

¹⁴⁸ Articles cités par M. AGI, *René CASSIN 1887 – 1976 Prix Nobel de la Paix*, Librairie académique Perrin, 1998, p. 260

¹⁴⁹ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon Assas, 1999, n° 50

¹⁵⁰ Voir n° 538 et suiv.



reconnaissant leur qualité et leur bénéfice de la loi¹⁵¹. Les juges ont également eu recours à la liberté de création pour faire prévaloir les droits des futurs créateurs, conformément aux limites incluses dans les droits de propriété intellectuelle¹⁵². A travers ces différentes applications, son existence est réelle. Cela montre également le lien entre liberté de création et la propriété intellectuelle en particulier. En effet, l'application de la liberté de création permet selon les cas, tantôt d'accéder à la protection, tantôt de protection préalablement à l'existence des droits ou encore de moyen de rétablir l'équilibre entre les intérêts de créateurs et futurs créateurs.

25. Les manifestations de la spécificité de la liberté de création. On peut cependant douter de son autonomie. Il a été affirmé que « *avant de définir les droits qui résultent d'un brevet d'invention ou d'une marque, il faut d'abord reconnaître qu'il existe une liberté de la concurrence et de l'industrie. Avant de définir le droit d'auteur, il faut d'abord reconnaître qu'il existe une liberté d'expression par l'écrit, etc. ...* »¹⁵³. La liberté de création n'aurait donc pas d'existence propre, mais serait incluse dans différentes libertés et droits fondamentaux. Elle est souvent mentionnée avec la liberté d'expression. Pourtant, à travers les buts qu'elle poursuit, de protection et d'encouragement de la création, elle se détache des autres libertés.

¹⁵¹ Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 1973 affaire Guino/Renoir, com. *Dalloz* 1974, p. 533. Voir plus récemment, la jurisprudence européenne, faisant référence à la création résultant de la liberté du créateur : CJUE, 1^{er} décembre 2011, 3^e ch., C-145/10, n° 94 : « *il y a donc lieu de considérer qu'une photographie de portrait est susceptible, en vertu de l'article 6 de la directive 93/98, d'être protégée par le droit d'auteur à condition, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier dans chaque cas d'espèce, qu'une telle photographie soit une création intellectuelle de l'auteur reflétant la personnalité de ce dernier et se manifestant par les choix libres et créatifs de celui-ci lors de la réalisation de cette photographie* ».

¹⁵² Cass. 1^{re} civ., 30 janvier 2007, n° 04-15.543, *JurisData* n° 2007-037150, comm. Ch. CARON, « La publication d'une « suite » d'une œuvre littéraire tombée dans le domaine public ne peut être interdite en son principe », *JCP G*, 14 février 2007, n° 7, II, 10025, p. 29 ; J. DALEAU, « La liberté de création au secours du droit d'adaptation », *Dalloz*, 22 février 2007, n° 8, p. 497 ; Ch. CARON, « Les Misérables devant la cour de cassation : le domaine public réaffirmé », *Comm. comm. électr.*, mars 2007, n° 3, p. 26 ; S. CHOISY, « Pour le progrès des Lumières : le droit à l'adaptation des œuvres du domaine public », *Dalloz*, 29 mars 2007, n° 13, p. 920 ; A. LUCAS et J.-M. BRUGUIERE « Chronique. Droit d'auteur et droits voisins », *propriétés intellectuelles* n° 23, avril 2007, p. 202, spéc. p. 207 ; E. PLACE, « Misérables mais pas intouchables », *Légipresse*, mai 2007, n° 241, p. 100 ; N. BINCTIN, « Marius et Cosette (A propos des suites données aux « Misérables » de Victor Hugo et l'articulation entre droit d'auteur et liberté d'expression) », *Les petites affiches*, 19 juillet 2007, n° 144, p. 8 ; note *Gazette du palais*, 4 février 2007, n° 35, p. 6 ; F. POLLAUD-DULIAN, note sous arrêt : Chronique, note n° 4, *RTD com*, avril 2007, n° 2, p. 354 ; Th. LANCRENON, « La « suite » du roman Les Misérables au cœur d'une vraie bataille d'Hernani », *Gazette du palais*, 20 avril 2007, n° 110, p. 10 ; Ch. CARON, « Droit de la propriété intellectuelle », *JCP G*, 25 juillet 2007, n° 30, I, 176, p. 23 ; A. LATREILLE, « L'avènement d'un droit d'auteur sans auteur », *Droit et patrimoine*, septembre 2007, n° 162, p. 28 ; S. GREGOIRE, « Auteur : œuvre littéraire et droit moral », *JCP E*, n° 37, p. 17 ; X. DAVERAT, « Communication et créations intellectuelles chronique n° XXXII (1^{re} partie) », *Les petites affiches*, n° 85, 28 avril 2008, p. 7 ; P. SIRINELLI, « Chronique de jurisprudence », *RIDA* avril 2009, n° 220, p. 261

¹⁵³ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, *Dalloz*, 2^e éd. 2005 (publié éd. Sirey, 1951), n° 20, p. 146



La liberté de création serait donc un cadre pour les droits de propriété intellectuelle (§ 1), et serait de plus une liberté autonome et distincte des autres libertés (§ 2).

§ 1 : Une liberté encadrant la propriété intellectuelle

26. On peut considérer la liberté de création comme une liberté fondamentale, ou au moins comme un élément, un sous-ensemble d'une liberté fondamentale. A ce titre, on peut se demander quelles sont ses caractéristiques et sa valeur, si la liberté de création est une liberté ayant la même valeur que celles reconnues expressément par les textes législatifs¹⁵⁴, constitutionnels ou européens (A). La liberté de création, au-delà de son utilisation par les juges visant à ne pas restreindre excessivement la création, serait un cadre pour la propriété intellectuelle. Liberté de création et propriété intellectuelle ont de plus le même objet¹⁵⁵. Elle est peu utilisée en tant que telle mais est manifestement appliquée à travers des droits. Ainsi, à propos du droit d'auteur, il a été affirmé que le celui-ci était « *à la fois le garant et dans le prolongement de la liberté de création* »¹⁵⁶. Il semble en effet, que cette protection permet au créateur de profiter des bénéfices de sa création. Il existe donc un lien entre propriété intellectuelle et liberté de création (B).

A) La liberté de création, une liberté ?

27. Rôle de liberté. Au-delà des différentes applications par les juges et la loi de la liberté de création, il semble que les droits de propriété intellectuelle sont équilibrés grâce à la liberté de création. Or ceux-ci visent à maintenir la création, voire à l'encourager : la liberté des futurs créateurs est alors essentielle, mais doit être contrebalancée par la juste rémunération et la protection des créateurs.

28. La liberté de création peut-elle être qualifiée de principe général du droit ?

On peut considérer que la liberté de création est contenue dans les droits de propriété intellectuelle, plus exactement, elle est préservée par ces droits qui protègent à la fois les

¹⁵⁴ En ce qui concerne les libertés publiques, cette source est mentionnée par G. LEBRETON, in G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, éd. Arman Colin, 8^e éd. 2009, p. 17 ; L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, 11^e édition, 2008, n° 1222 : cette origine est citée comme différence entre les libertés publiques et les libertés fondamentales : « *la protection des libertés publiques s'appuyait sur la loi et les principes généraux du droit alors que celles des libertés fondamentales requiert l'application des normes constitutionnelles ou (et) européennes et internationales* ».

¹⁵⁵ CJUE, 1^{er} décembre 2011, 3^e ch., C-145/10, n° 94 déjà cité note 34.

¹⁵⁶ F. MACREZ, *Créations informatiques: bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, Litec, 2011, n° 438, p. 352



créateurs et garantissent un espace de liberté afin de ne pas entraver la création future. La liberté de création serait alors un principe mis en œuvre par les dispositions du code de propriété intellectuelle. En effet, le principe doit être compris comme une « *règle générale* » « *commandant un ensemble de règles* »¹⁵⁷. G. RIPERT ajoute que les principes « *président au maintien de l'ordre essentiel* »¹⁵⁸. La notion de principe général du droit peut permettre de « *présenter une étude systématique des caractères essentiels d'une législation positive à travers son évolution (...). On se propose en somme de dégager « l'esprit » d'une législation, comme Ihering le fit dans son célèbre ouvrage sur le droit romain. Le mot « principes » est choisi pour annoncer un effort doctrinal de synthèse* »¹⁵⁹. La notion de principe, comme guide, cadre général de normes intéressant une même matière ferait donc paraître la liberté de création, comme « *armature* »¹⁶⁰ des droits de propriété intellectuelle.

Cette référence au principe est d'autant plus intéressante que la protection par les droits de propriété intellectuelle s'étend à de nouveaux objets, il peut s'agir de nouveaux types de créations, certains sont parfois même dénués de toute créativité, remettant alors en cause la raison d'être de ces droits. En raison des changements, de l'évolution, voire la révolution de la matière, se référer à la liberté de création lui donne une certaine cohérence. Cette idée de principe directeur, comme outil de cohérence des droits de propriété intellectuelle, est également mentionnée par J.-M. BRUGUIERE, selon lequel « *la propriété s'acquiert aussi par... la création. Cette règle pourrait être rappelée dans des principes directeurs que l'on pourrait placer dans un titre liminaire du CPI. La propriété intellectuelle protège toutes*

¹⁵⁷ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, Paris, 2^e éd., 1955, p. 331 et 337 ; J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Etudes offertes à Georges RIPERT, tome 1, études générales, droit de la famille*, LGDJ, Paris, 1950, p. 51 et suiv., spéc. p. 56 : cite LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, voir Principe, lettre D. : Pour les philosophes, J. BOULANGER indique que les principes sont « *l'ensemble des propositions directrices... auxquelles tout le développement ultérieur est subordonné* ».

¹⁵⁸ G. RIPERT, *op. cit.* p. 345

¹⁵⁹ J. BOULANGER, *op. cit.* p. 54. Cette analyse est reprise par P. SARGOS, selon lequel l'idée de principe « *peut ainsi se réduire à un banal exercice de recherche des idées directrices – la ratio legis –, d'une législation plus ou moins complexe dont on cherche à déterminer la finalité* » : P. SARGOS, « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la cour de cassation. Les garde-fous des excès du droit », *JCP G*, 2001, I, 306, p. 589 et suiv., n° 3. J. BOULANGER cite également THALLER, selon lequel : sans les principes « *tout s'effondre, tout s'anéantit. A défaut d'élan pris vers les idées pures, le droit ne m'aurait pas intéressé. Il n'aurait été qu'un matériel empirique agissant au gré des circonstances, afin non pas même d'assurer la paix parmi les hommes, mais de les empêcher de se prendre à la gorge* » : J. BOULANGER, *op. cit.* p. 74 : cite BERTHELEMY, GARCON, LARNAUDE, PILLET, TISSIER, THALLER, TRUCHY et GENY, *Les méthodes juridiques*, leçons faites au Collège libre des Sciences sociales en 1910.

¹⁶⁰ J. BOULANGER, *op. cit.* p. 65



activités créatrices de l'esprit. Cela aurait l'avantage d'établir les droits de propriété intellectuelle autour de l'activité créatrice et non du seul investissement économique »¹⁶¹.

29. La liberté de création, comme correctif extérieur aux droits de propriété intellectuelle. La notion de principe¹⁶² ne semble pas couvrir toutes les utilisations de la liberté de création. En effet, elle concerne uniquement son rôle au sein des droits de propriété intellectuelle. Or la liberté de création est confrontée aux autres droits et libertés fondamentaux, comme la vie privée. Dès lors, le rattachement de la liberté de création aux droits fondamentaux, permettant de pallier les insuffisances des dispositions du code de propriété intellectuelle ou un retour au principe lors de l'application des droits de propriété intellectuelle, a semblé indispensable.

30. Le recours aux droits fondamentaux limité pour expliquer le rôle de la liberté de création. Considérer que la liberté de création puisse être un principe pose néanmoins problème. En effet, le recours à la notion de principe est décrié lorsqu'il s'agit d'une liberté. Certaines de ses prérogatives, comme celle de permettre de réévaluer la règle et d'établir l'équilibre au sein des droits applicables à la création, peuvent être considérées comme découlant des droits et libertés de la Convention européenne des droits de l'homme. Leur généralité, la manière dont ils encadrent toute la propriété intellectuelle tend à faire pencher la balance dans ce sens. En effet, de la liberté de création découlent des principes, tels que le fonds commun, et se retrouve dans plusieurs dispositions du code de la propriété intellectuelle. Cela semble de plus lui conférer une valeur supérieure, incontestable. Cependant, ce n'est pas qu'un correctif extérieur aux droits, comme les autres droits fondamentaux¹⁶³.

En effet, devenue invocable par le biais de l'article 10 CEDH, lorsqu'elle est considérée comme faisant partie de la liberté d'expression, la liberté de création est surtout assurée par des dispositions spécifiques, directement applicables. La liberté de création n'est pas seulement à l'origine des droits, elle est aussi une condition d'octroi des droits.

¹⁶¹ J.-M. BRUGUIERE, « Les droits voisins de la propriété littéraire et artistique », *propriétés intellectuelles*, avril 2012, n° 43, p. 161 et suiv., spéc. n° 31 p. 171-172

¹⁶² Au sens de « principe général du droit privé », tel qu'il a été décrit par G. RIPERT, J. BOULANGER, *op. cit.* p. 59 ; P. SARGOS, « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la cour de cassation. Les garde-fous des excès du droit », *JCP G*, 2001, I, 306, p. 589 et suiv.

¹⁶³ Sur le rôle des droits fondamentaux : Ch. GEIGER, « Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle ? », *JCP G*, n° 29, 14 juillet 2004, doct. 150, n° 11



La liberté de création, pouvant être qualifiée de principe, ferait désormais partie des droits fondamentaux¹⁶⁴. Dans ce sens, la jurisprudence et une partie de la doctrine rattache la liberté de création à la liberté d'expression, liberté fondamentale.

31. Une liberté parmi d'autres. La liberté de création, en tant que liberté fondamentale, est alors confrontée à d'autres droits et libertés fondamentaux.

32. Les caractéristiques : La liberté comprend la liberté de ne pas créer. La liberté de ne pas créer a été notamment évoquée par S. STROMHOLM¹⁶⁵, elle se comprend plus exactement comme la liberté de refuser les conditions dans lesquelles un créateur doit exécuter la commande qui lui a été passée.

33. La liberté, au seuil des droits qui l'appliquent. Une des caractéristique de la liberté est que celle-ci « *se place au seuil même de la construction d'une situation juridique (...), mais place dans la période de formation des situations juridiques tandis que le droit proprement dit nous place dans la période des effets de cette situation* »¹⁶⁶.

34. La liberté de création, liberté fondamentale. La liberté de création semble correspondre à ce qu'est une liberté fondamentale, dans la mesure où il s'agit d'une prérogative nécessaire « *à l'épanouissement de la personne humaine* »¹⁶⁷. Ainsi, elle a pu être appliquée, par les juges de la cour de cassation avec pour fondement textuel l'article 10 de la CEDH protégeant la liberté d'expression¹⁶⁸. Elle n'est pas protégée en tant que telle. Pourtant il apparaît que cette liberté doit être considérée de manière autonome. Au-delà de cette

¹⁶⁴ D. COHEN, « La liberté de créer », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 18^e éd., 2012, p. 511 et suiv.

¹⁶⁵ S. STROMHOLM, *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave, avec un aperçu de l'évolution internationale, étude de droit comparé*, Stockholm, 1967

¹⁶⁶ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon Assas, 1999, n° 53. Il renvoie à P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Paris, 1963, n° 20, p. 148-149

¹⁶⁷ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, éd. Arman Colin, 8^e éd., 2009, p. 14 ; les droits de l'homme sont une « utopie » pour P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon Assas, 1999, n° 60

¹⁶⁸ Voir notamment, TGI Paris, 26 janvier 1998, *Légipresse*, 152, I, p. 71 ; TGI Paris, ch. 1, section 1, 17 décembre 1986, JurisData 1986-046182 ; TGI Paris, référés, 20 février 1997, JurisData 1997-612355 ; CA Paris, 1^{re} ch., section B, 5 octobre 2007, JurisData 2007-344787, *comm. comm. électr.*, décembre 2007, comm. n° 149 ; Cass. 1^{re} civ., 30 janvier 2007, comm. : J. B., « La publication d'une « suite » d'une œuvre littéraire tombée dans le domaine public ne peut être interdite en son principe », *JCP G* n° 6, 7 février 2007, act. 70 ; N. BINCTIN, « Marius et Cosette (A propos des suites données aux « Misérables » de Victor Hugo et l'articulation entre droit d'auteur et liberté d'expression) », *LPA*, 19 juillet 2007, n° 144, p. 8 ; Ch. CARON, « La publication d'une « suite » d'une œuvre littéraire tombée dans le domaine public ne peut être interdite en son principe », *JCP G* n° 7, 14 février 2007, II, 10025 ; J. DALEAU, « La liberté de création au secours du droit d'adaptation », *Dalloz*, 2007, actualité jurisprudentielle, l'arrêt de la semaine, p. 497 ; X. DAVERAT, « communication et créations intellectuelles, chronique n° XXXII, 1^{re} partie », *LPA*, 28 avril 2008, n° 85, p. 7 ; Ch. GEIGER, « Droit d'auteur et liberté de création artistique : un fragile équilibre. Libres propos à partir de l'arrêt « Victor Hugo » de la Cour de cassation du 30 janvier 2007 », *RLDI*, n° 26, 4/2007



protection, c'est le rôle de cadre qui doit prévaloir. Cet aspect est issu du droit allemand¹⁶⁹. Les droits fondamentaux seraient également des « *éléments objectifs de l'ordre juridique* » dans la mesure où ceux-ci expriment « *un ordre objectif de valeurs qui s'impose comme choix fondamental à toutes les branches du droit* »¹⁷⁰. Un droit ou une liberté fondamentale aurait donc un rôle de cadre dans lequel les règles de droit devraient s'inscrire.

De plus, la liberté de création concerne à la fois les rapports avec l'Etat, notamment dans la défense des créateurs face à la censure, et les rapports entre individus¹⁷¹.

35. Une liberté non absolue, conciliée avec les autres droits et libertés fondamentaux. Une liberté peut être limitée, elle peut également être conciliée avec d'autres droits et libertés fondamentaux. Le mécanisme est équivalent à celui des droits fondamentaux utilisé par les juges européens. D'autant plus que les juges se réfèrent à la liberté d'expression. Les créateurs doivent pouvoir créer, dans la mesure où la création n'est pas attentatoire aux droits des tiers, sans limites, y compris économiques. La propriété intellectuelle inclut ces différentes protections. Cependant, la liberté de création n'est pas toujours garantie par ces droits, car certains cas ne sont pas prévus. De plus, la protection par les droits de propriété intellectuelle est limitée car elle n'est accordée que lorsque la création est, au moins en partie, réalisée. La liberté de création implique une protection plus large, au stade de la création, mais aussi avant toute création et en aval de la création, par des droits permettant la diffusion de ces créations. Certains la limitent d'ailleurs à l'un de ces aspects, considérant que la liberté de création est celle qui doit être protégée dans les contrats de mécénat, c'est-à-dire avant la création, palliant ainsi la non applicabilité du droit d'auteur, ou encore lorsque les œuvres ne peuvent « *donner prise au droit d'auteur* »¹⁷².

La liberté de création est appréhendée par rapport à des droits qui l'appliquent. Il est donc nécessaire de s'attacher aux rapports entre les droits de propriété intellectuelle et la liberté de création (B).

¹⁶⁹ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, 11^e édition, 2008, n° 1229

¹⁷⁰ Arrêt Luth, du 15 janvier 1958, cité par L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, *op. cit.* n° 1229

¹⁷¹ F. TERRE, « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET (sous la dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2012, 18^e éd., n° 16

¹⁷² A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., Paris, 2012, n° 501, p. 437

B) Rapports entre propriété intellectuelle et liberté de création

36. Le lien entre liberté de création et propriété intellectuelle suggéré par l'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Ce lien a été exprimé par l'article 27 de la déclaration universelle des droits de l'homme, qui affirme tout d'abord la liberté, puis, ensuite la protection des créateurs : « *Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur* »¹⁷³. Certains y voient un complément entre protection et liberté. Ainsi, A. TRICOIRE considère que l'article 27 DUDH « *réalise l'équilibre qui fonde un droit des œuvres cohérent : liberté de création et droit d'auteur vont de pair, indissociablement* »¹⁷⁴. Cet auteur ajoute que la liberté résulte du fait que « *les auteurs [ont] les moyens économiques et juridiques de défendre leur création. Contre les utilisations non autorisées, mais aussi, à l'opposé, contre les interdictions de divulguer que sont les lois de censure* »¹⁷⁵. Or ces moyens sont garantis en partie par les droits de propriété intellectuelle. Il semble donc juste de considérer que ces droits sont à la fois un complément de la liberté et ce qui permet de la conserver. De plus l'équilibre se fait au sein même des droits de propriété intellectuelle, la liberté d'accès et la protection vont de pair.

37. La liberté de création nécessite un équilibre entre réservation et liberté. Si l'on considère que la liberté de création doit être garantie aux créateurs, ce qui passe notamment par la possibilité d'être rémunéré, elle doit l'être également aux utilisateurs qui doivent pouvoir avoir accès aux créations préexistantes¹⁷⁶. Cela se traduit nécessairement par des règles particulières mettant en œuvre la liberté de création, et la limitant lorsque cela est nécessaire¹⁷⁷. Les droits de propriété intellectuelle limitent l'appropriation de leurs créations par les créateurs. Par la recherche d'un équilibre, ils permettent à la fois de garantir la création, mais peuvent aussi avoir un rôle incitatif.

¹⁷³ Article 27.2 DUDH

¹⁷⁴ A. TICOIRE, *Petit traité de la liberté de création*, éd. La Découverte, Paris, 2011, p. 16

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ Voir l'existence du domaine public notamment.

¹⁷⁷ La liberté comme fondement des « lois » : E. KANT, *Critique de la raison pure*, in *Œuvres philosophiques*, Gallimard, Paris, 1980, Tome I, cité par N. MARTIN HÜBNER (*Les influences philosophiques sur la doctrine du droit d'auteur en Allemagne et en France. Kant, Fichte, Hegel et Schopenhauer*, thèse 9 décembre 2005, Montpellier I), déclare que « *une constitution ayant pour but la plus grande liberté de chacun de pouvoir subsister de concert avec celle des autres (je ne parle pas du plus grand bonheur possible, car il en découlera de lui-même), c'est là au moins une idée nécessaire qui doit servir de fondement non seulement aux premiers plans que l'on esquisse d'une constitution politique, mais encore à toutes les lois, et dans laquelle on doit faire dès l'abord abstraction de tous les obstacles présents, lesquels résultent peut-être bien moins inévitablement de la nature humaine que du mépris des idées véritables en matière de législation* ».



38. Les finalités des droits favorables à la liberté de création. Afin de déterminer les espaces de liberté, les droits de propriété intellectuelle doivent être utilisés conformément à leur finalité. En effet, « *moins on est regardant sur la finalité sociale du monopole, plus il devient un outil au seul service des grands intérêts privés marchands* »¹⁷⁸ et donc écarte la liberté de création. Le droit de propriété intellectuelle, comme tous droits¹⁷⁹, est un droit finalisé¹⁸⁰. Employer un droit conformément à sa finalité sociale¹⁸¹ veut dire qu'il est employé conformément à son esprit¹⁸² : « *les droits (...) ne se réalisent pas abstraitement et dans le vide ; ils fonctionnent dans le milieu social et pour lui ; ils jouent en fonction de ce milieu, socialement, non pas dans une direction quelconque, mais en vue de fins déterminées et dans un « climat » donné* »¹⁸³. L'auteur n'a pas appliqué sa théorie à la propriété intellectuelle. Néanmoins, comme le suggère C. JALLAMION, son propos peut être envisagé dans ce domaine¹⁸⁴.

L'exclusion des tiers ne peut être maintenue au-delà des finalités des différents droits de propriété intellectuelle, ce qui reviendrait à rompre l'équilibre des intérêts nécessaire à la liberté de création¹⁸⁵.

Il est en effet fait souvent référence, non à la finalité de permettre la création des droits de propriété intellectuelle, mais aux finalités de ces droits. Celles-ci s'attachent alors aux spécificités des différentes créations, et aux besoins de leurs créateurs et des investisseurs. On peut alors considérer que les finalités¹⁸⁶ des droits de propriété intellectuelle que permet la liberté de création sont multiples. Ainsi, la propriété intellectuelle est tournée « *vers la promotion de l'innovation, la protection de la création, de l'investissement, des signes*

¹⁷⁸ Ph. GAUDRAT, M. VIVANT, « Marchandisation », in M. VIVANT (dir.) *Propriété intellectuelle et mondialisation, la propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz, 2004, p. 31 et suiv., spéc. p. 34, n° 4

¹⁷⁹ Ch. GEIGER, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *Dalloz*, 2010, p. 510 et suiv. : et doit donc concilier les intérêts en présence.

¹⁸⁰ J.-M. BRUGUIERE, « Quand le Conseil constitutionnel (re)découvre la propriété intellectuelle. La propriété intellectuelle objectif ou limite d'intérêt général ? », *Propriétés intellectuelles*, avril 2005, n° 15, chron. p. 226

¹⁸¹ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2^e éd. 1939

¹⁸² L. JOSSERAND fait référence à l'abus de droit, devenu un « critère » « social » et non plus intentionnel : L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 7

¹⁸³ L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 1

¹⁸⁴ C. JALLAMION, « La fortune de Josserand », *propriété industrielle*, n° 10, octobre 2010, dossier 2, n° 2 : l'auteur considère en effet que les droits de propriété incorporelle, dont la propriété intellectuelle, peuvent être considérée comme de véritables droits de propriété.

¹⁸⁵ Il faut toutefois signaler que les intérêts des acteurs de la création, auxquels il est fait référence dans la liberté de création ne sont pas les seuls pris en compte par les droits de propriété intellectuelle. Ainsi, l'intérêt général, c'est-à-dire l'intérêt de la société dans son ensemble peut être envisagé.

¹⁸⁶ M. VIVANT, « 1. Des droits finalisés », in M. VIVANT, dir. *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, grands arrêts, 2004, n° 1, p. 6



distinctifs des entreprises etc. »¹⁸⁷, ou encore vers « *le progrès technique, le bien-être social* »¹⁸⁸. Les finalités du droit des marques ont été reconnues par la cour de justice des communautés européenne en particulier¹⁸⁹. Il s'agit essentiellement de la garantie d'identité d'origine¹⁹⁰, qui fait que le titulaire peut empêcher ses concurrents d'usurper sa marque¹⁹¹. Au-delà la liberté prévaut.

L'appréhension de la propriété intellectuelle par ses finalités et donc en vue de garantir en particulier la liberté de création est aujourd'hui particulièrement importante. La matière, comme « *droit de la création* »¹⁹², « *se modèle sur la création et se renouvelle avec elle* »¹⁹³. Or ces dernières années, de nouveaux objets de création sont apparus¹⁹⁴. Envisager ces finalités permet de ne pas rompre l'équilibre entre les différents intérêts en présence régis par les mêmes droits, et donc de les concilier sans faire prévaloir injustement l'un ou l'autre¹⁹⁵, dans un but différent de celui de la propriété intellectuelle. L'intérêt légitime prévaut alors¹⁹⁶. Cela permet également de mieux appréhender l'évolution, voire la mutation de la propriété intellectuelle. Veiller à ne pas détourner les droits de propriété intellectuelle de leurs finalités, est favorable à la liberté de création.

39. Des droits de propriété intellectuelle indispensables à la préservation de la liberté de création. La création est au centre de ces droits¹⁹⁷. Les créateurs ainsi protégés et encouragés sont libres de créer. Les droits de propriété intellectuelle garantiraient la liberté de création. Les droits de propriété intellectuelle sont donc nécessaires pour que la liberté de création soit effective. Cela émane de la pensée du XVIIIe selon laquelle, « *sans propriété il*

¹⁸⁷ F. SIIRIAINEN, « Propriété intellectuelle et concurrence. Problématique de la convergence », in *La propriété intellectuelle entre autres droits*, sous la dir. de J.-M. BRUGUIERE, Dalloz, 2009, p. 32

¹⁸⁸ F. SIIRIAINEN, *op. cit.*, p. 33

¹⁸⁹ Tout d'abord par l'objet spécifique : Voir : « Des droits finalisés », in M. VIVANT, dir. *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, grands arrêts, 2004, n° 1, p. 3 et suiv.

¹⁹⁰ F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, 2011, n° 1634, p. 949

¹⁹¹ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n° 1295, p. 711

¹⁹² M. VIVANT, « L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire », *JCP G*, n° 1, 15 janvier 2000, I, 193, n° 2

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ Dans le même sens : M. VIVANT, *op. cit.*, n° 3 : la création « est toujours autre ».

¹⁹⁵ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2° éd. 1939, n° 174 : « la responsabilité de l'agent » pourra être engagée si l'acte commis « est de nature à rompre injustement l'équilibre entre les intérêts en présence ».

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ La protection des créateurs ou de la création semble être « au cœur de l'entier dispositif de la propriété intellectuelle » : M. VIVANT, « Propriété intellectuelle, les protectionis et loi réelle », *Dalloz*, 2011, p. 2351, n°



n'y a pas de liberté »¹⁹⁸. C'est ce qui a été affirmé par LOCKE également. Les droits privatifs accordés alors, sont le corollaire¹⁹⁹ de cette liberté dont bénéficient ceux qui créent. Par exemple, « le droit d'auteur est conçu pour assurer la liberté des auteurs dans l'exercice de leur art »²⁰⁰. Dans le même sens, il a été affirmé que la propriété littéraire et artistique avait pour but de « préserver la liberté de création » par le biais de limites telles que le refus de la protection des idées, favorable aux auteurs²⁰¹. Pour B. HUMBLLOT, « le droit d'auteur [est la] force stimulante des arts, garants pour l'individu de la liberté des conditions de création, défenseur de la maîtrise de l'exploitation de l'œuvre par son auteur »²⁰².

40. La liberté de création incluse dans les droits de propriété intellectuelle. Une hiérarchie semble difficile à proposer, néanmoins la liberté de création paraît à l'origine de la propriété intellectuelle. De par son rôle d'encadrement, la liberté de création n'a pas qu'une influence externe sur la propriété intellectuelle. Certaines dispositions de la propriété intellectuelle garantissent la liberté de création²⁰³. Ainsi, à propos du droit d'auteur, le lien entre liberté de création et propriété intellectuelle a notamment été fait par J.-M. BRUGUIERE, pour lequel les droits et libertés fondamentaux ne sont pas que « des facteurs extérieurs d'évolution de notre droit d'auteur »²⁰⁴. Ceux-ci joueraient également « à l'intérieur du droit d'auteur »²⁰⁵. La liberté de création se retrouverait dans les principes comme l'existence du fonds commun²⁰⁶. Et c'est selon lui, la liberté de création qui est

¹⁹⁸ G. MARCOU, « Réflexions sur l'origine et l'évolution des droits de l'homme », in *Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier, service public et libertés*, éd. de l'université et de l'enseignement moderne, Paris, 1981, p. 637

¹⁹⁹ D. COHEN, « La liberté de créer », in *Libertés et droits fondamentaux*, sous la dir. de R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET, Dalloz, 2012, 18^e éd., p. 511 et suiv., spéc. p. 526 à propos du droit d'auteur : les droits privatifs sont le « prolongement » de la liberté de créer. Dans le même sens : N. BRONZO, *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, L'Harmattan, 2007, p. 45 : « la propriété intellectuelle opère (ou tente d'opérer) un équilibre entre les intérêts en présence ; elle ne doit pas être perçue comme un mécanisme liberticide, mais bien au contraire comme le prolongement de la liberté de création » ; T. REVET, *La force du travail*, Paris, Litec, 1992, n° 542 : la liberté de création est « à la base de la protection de des productions de l'esprit ».

²⁰⁰ P. HENAFF, « Le droit moral de l'auteur décédé : une menace pour la liberté d'expression et la création artistique », *Petites affiches*, 20 juillet 1999, n° 143, p. 17

²⁰¹ B. BEIGNIER, B. DE LAMY, E. DREYER (dir.), *Traité de droit de la presse et des médias*, Litec, 2009, n° 200, p. 74

²⁰² B. HUMBLLOT, « De l'indépendance du créateur en droit d'auteur », *RIDA* janvier 2004, n° 199, p. 3 et suiv., spéc. p. 5

²⁰³ D. COHEN *op. cit.* p. 527, n° 623 et suiv.

²⁰⁴ J.-M. BRUGUIERE, « Propos introductifs » in J.-M. BRUGUIERE (sous la dir.), *La propriété intellectuelle entre autres droits*, Dalloz, 2009, p. 3-4, note 13

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ Le fonds commun est en effet un élément essentiel qui permet de garantir la liberté de création. Il n'est pas le seul, ainsi l'existence d'exception est également favorable à la liberté de création.



« présente dans nombre de principes directeurs du droit d'auteur »²⁰⁷. Ainsi, le droit de divulgation, l'indifférence du genre, de la forme d'expression, du mérite ou de la destination de l'œuvre, tout comme le maintien d'un fonds commun²⁰⁸ seraient des manifestations de la liberté de création. Cette solution permet d'appréhender la liberté de création dans ses différents aspects.

Cependant, majoritairement, l'influence des droits fondamentaux est considérée comme extérieure à la propriété intellectuelle, ce sont des « *correctifs lorsque les droits sont utilisés de manière excessive et contrairement à leurs fonctions* »²⁰⁹. Ce seraient des éléments d'interprétation permettant de maintenir l'équilibre entre le droit d'auteur et ses limites. Or si l'on considère que la liberté de création encadre la propriété intellectuelle, la matière dans son ensemble doit permettre d'équilibrer les différents intérêts en présence, permettant ainsi la liberté de création. Les droits de propriété intellectuelle ont en effet été créés pour assurer « *la protection de la création et des créateurs, dans l'intérêt de tous* »²¹⁰, protection issue de la liberté de création. Le recours à la liberté de création ne doit alors pas faire craindre un élargissement des exceptions²¹¹, redouté pour ceux qui considèrent que les libertés, opposées aux droits de propriété intellectuelle, restreignent les droits privatifs.

La liberté de création serait donc à la fois à l'origine et également un correctif lorsque les droits privatifs sont utilisés de manière excessive. Ainsi, il est avéré que certaines exceptions telles que la parodie, le pastiche, la caricature, prévue à l'article L. 122-5-4° CPI sont des « *exceptions à des fins créatives* »²¹². Il ne s'agit pas pour autant « *d'envisager une refondation des diverses exceptions qui se nourrissent de la liberté d'expression ou de l'accès à la culture au sein d'un creuset unique dans lequel on fusionnerait les diverses exceptions existantes et la nouvelle exception aux fins de création* »²¹³. La liberté de création ne permet pas uniquement de limiter les droits privatifs, et il semble qu'elle ne puisse pas être comprise comme une simple exception aux droits de propriété intellectuelle. Elle ne peut être réduite à

²⁰⁷ J.-M. BRUGUIERE, « Propos introductifs » in J.-M. BRUGUIERE (dir.) *La propriété intellectuelle entre autres droits*, Dalloz, 2009, p. 4, note 13

²⁰⁸ Exemples donnés par J.-M. BRUGUIERE, *op. cit.* note 13, p. 4

²⁰⁹ Ch. GEIGER, « Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle ? », *JCP G*, n°29, 14 juillet 2004, p. 1313 et suiv., doctrine I, 150, n° 11

²¹⁰ Ch. GEIGER, « De la nature juridique des limites au droit d'auteur. Une analyse comparatiste à la lumière des droits fondamentaux », *Propriétés intellectuelles*, octobre 2004, n° 13, p. 882 et suiv., p. 891

²¹¹ Ch. GEIGER, *op. cit.*, p. 889

²¹² Ch. GEIGER, F. MACREZ, A. BOUVEL, S. CARRE, T. ASSLER et J. SCHMIDT, « Quelles limites au droit d'auteur dans la société de l'information ? Réponse au Livre vert sur « le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance » », *propriétés intellectuelles*, juillet 2009, n° 32, doctrine p. 242

²¹³ *Ibid.*



une « *exception de création* »²¹⁴, comme il existe une « *exception d'information du public* »²¹⁵, qui trouverait à être appliquée par les juges, *a posteriori*, lorsque aucune atteinte n'est constatée, et que les juges ne constatent pas de « *conséquences d'une particulière gravité* »²¹⁶.

Dans ses rapports avec les droits de propriété intellectuelle, on peut constater que la liberté de création est spécifique. Cependant, elle est considérée le plus souvent comme le corollaire d'une autre liberté. Il semble pourtant qu'il s'agisse d'une liberté autonome et distincte (§ 2).

§ 2 : la liberté de création, liberté autonome et distincte ?

41. La propriété intellectuelle entretient des liens avec d'autres libertés. La liberté de création est-elle un sous-ensemble d'une autre liberté, et laquelle ? Pour certains, le brevet est lié à la liberté du commerce et de l'industrie, le droit d'auteur à la liberté d'expression²¹⁷. Parfois, la distinction entre la liberté de création et ces libertés est alors difficile à faire. Ainsi, la liberté de création doit être distinguée de la liberté d'expression (A) et de la liberté du commerce et de l'industrie (B).

A) Liberté de création et liberté d'expression

42. La liberté d'expression est une liberté souvent utilisée dans le domaine de la création par les juges ou la doctrine. Doit-elle pour autant être considérée comme une composante de la liberté de création ? Afin de déterminer si la liberté de création est contenue dans la liberté d'expression, il est nécessaire de d'abord le contenu de la liberté d'expression (1). Nous nous demanderons ensuite si la liberté de création est contenue dans la liberté d'expression (2).

²¹⁴ N. BONNAL, « Les conflits entre les droits de la personnalité et la liberté de création et d'illustration », *Légicom*, n° 43, 2009/2, p. 23 et suiv.

²¹⁵ N. BONNAL, *op. cit.* p. 24

²¹⁶ N. BONNAL, *op. cit.*, p. 25

²¹⁷ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, p. 146 : « avant de définir les droits qui résultent d'un brevet d'invention ou d'une marque, il faut d'abord reconnaître qu'il existe une liberté de la concurrence et de l'industrie. Avant de définir le droit d'auteur, il faut d'abord reconnaître qu'il existe une liberté d'expression par l'écrit ».

1. La liberté d'expression.

43. Liberté d'expression et liberté de communication. La liberté d'expression trouverait son fondement dans la liberté de pensée²¹⁸, comme la liberté de communication²¹⁹. Ces deux libertés sont liées : la liberté d'expression serait la « *faculté de divulguer sa pensée* », et la liberté de communication permettrait cette divulgation par la liberté de choisir « *le moyen ou le support technique que l'on juge le mieux approprié* »²²⁰. Pour que la liberté d'expression soit effective, la « *liberté de recevoir des informations comme celle de communiquer des informations et des idées* » doit être garantie²²¹.

44. Consécration de la liberté d'expression. C'est une liberté consacrée par de nombreux textes internationaux. Par l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme²²², l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques²²³, ainsi que l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789²²⁴ et l'article 10 de la CEDH²²⁵.

²¹⁸ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, 11^e édition, 2008, n° 1303

²¹⁹ La liberté d'expression reposerait sur le « socle » constitué par la liberté d'opinion : M. LEVINET, « Convention européenne des droits de l'homme. Droits garantis. Liberté de la pensée », *JurisClasseur Europe. Traités*, fasc. 6522, 2009, n° 4

²²⁰ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, *op. cit.* n° 1303, p. 935

²²¹ M. LEVINET, *op. cit.* n° 4

²²² Article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « *Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit* ».

²²³ Article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Entrée en vigueur: le 23 mars 1976, conformément aux dispositions de l'article 49 : « 1. Nul ne peut être inquiété pour ses opinions. 2. Toute personne a droit à la liberté d'expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.

3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires:

a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui;

b) A la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques ».

²²⁴ Article XI de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté, dans les cas déterminés par la Loi* ».

²²⁵ Article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : Liberté d'expression : « 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la



45. Les limites de la liberté d'expression. La liberté d'expression n'est pas absolue.

Le droit français contient des régimes répressifs et préventifs²²⁶, limitant plus ou moins directement la liberté d'expression, notamment la loi du 29 juillet 1881 sur la presse, le régime du cinéma, le droit civil, par la protection de la vie privée, ou encore l'article 1382 du code civil.

L'article 14 de la loi du 16 juillet 1949 sur les publications présentant un danger pour la jeunesse limite également la liberté d'expression. Le ministre de l'intérieur a en effet le pouvoir de restreindre leur diffusion et leur commercialisation²²⁷. Il existe également un contrôle de la communication audiovisuelle.

La liberté d'expression se décline donc en la liberté de la presse, la liberté de communication audiovisuelle²²⁸.

46. La création, objet de la liberté d'expression ? La création serait un mode d'expression, dans la mesure où à travers l'œuvre, « *l'auteur divulgue sa pensée* »²²⁹. La liberté d'expression permettrait alors la seule création artistique. On peut alors se demander pourquoi la liberté de création est rattachée à la liberté d'expression et quelles sont les limites à ce rattachement (2).

2. La liberté de création, composante de la liberté d'expression ?

47. Le rattachement de la liberté de création à la liberté d'expression, justifié par l'absence de protection spécifique. Un lien est souvent fait entre liberté de création et liberté d'expression. En effet, historiquement, la liberté d'expression a permis l'expression de leurs opinions aux auteurs dans leurs œuvres²³⁰. De plus, en l'absence d'un texte protégeant la liberté de création, les juges se réfèrent à une « catégorie existante »²³¹. L'article 10 de la

réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

²²⁶ P. WACHSMANN, « La liberté d'expression », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 2012, 18^e éd., p. 449 et suiv., n° 539 et suiv.

²²⁷ P. WACHSMANN, *op. cit.*, n° 547

²²⁸ Ch. CEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, Paris, 2004, p. 131, n° 126

²²⁹ Ch. CEIGER, *op. cit.*, p. 131, n° 128

²³⁰ Les pièces de théâtre en particulier ont servi « d'artillerie » à la Révolution, les théâtres étant « *un instrument privilégié et un amplificateur du combat d'idées et de prise de pouvoir* » (Cela a permis en particulier le bénéfice des droits sur leurs œuvres. La censure est de plus revenue avec Napoléon) : J. BONCOMPAIN, *La révolution des auteurs. Naissance de la propriété intellectuelle (1773-1815)*, Fayard, 2001, p. 1014-1015

²³¹ A. TICOIRE, *Petit traité de la liberté de création*, éd. La Découverte, Paris, 2011, p. 16. Voir également Ch. GEIGER, F. MACREZ, A. BOUVEL, S. CARRE, T. ASSLER et J. SCHMIDT, « Quelles limites au droit d'auteur dans la société de l'information ? Réponse au Livre vert sur « le droit d'auteur dans l'économie de la



CEDH²³² a servi de fondement à la liberté de création pour les juges français²³³. Les œuvres de l'esprit peuvent permettre au créateur d'exprimer ses idées. Cela a fait penser que le « message » de celui-ci devait être considéré au même titre qu'un discours ou un débat public tels qu'encadrés par la liberté d'expression. Il en a été déduit que, en matière de création artistique²³⁴, celle-ci tombe dans le « *champ de protection* »²³⁵ de la liberté d'expression. La Cour EDH a d'ailleurs affirmé que « *ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensable à une société démocratique* »²³⁶. La liberté d'expression, lorsqu'elle protège ainsi la création artistique, semble avoir la même fonction de garantie de la création²³⁷ que la liberté de création. La liberté d'expression comprendrait donc la liberté de création²³⁸, qui n'en serait alors qu'un sous-ensemble²³⁹.

connaissance » », *propriétés intellectuelles*, juillet 2009, n° 32, doctrine p. 242 : la liberté de création serait un « dérivé », un « sous-ensemble » de la liberté d'expression.

²³² Article 10 CEDH

²³³ Cass. 1^{re} civ., 30 janvier 2007, comm. : J. B., « La publication d'une « suite » d'une œuvre littéraire tombée dans le domaine public ne peut être interdite en son principe », *JCP G* n° 6, 7 février 2007, act. 70 ; N. BINCTIN, « Marius et Cosette (A propos des suites données aux « Misérables » de Victor Hugo et l'articulation entre droit d'auteur et liberté d'expression) », *LPA*, 19 juillet 2007, n° 144, p. 8 ; Ch. CARON, « La publication d'une « suite » d'une œuvre littéraire tombée dans le domaine public ne peut être interdite en son principe », *JCP G* n° 7, 14 février 2007, II 10025 ; J. DALEAU, « La liberté de création au secours du droit d'adaptation », *Dalloz*, 2007, actualité jurisprudentielle, l'arrêt de la semaine, p. 497 ; X. DAVERAT, « communication et créations intellectuelles, chronique n° XXXII, 1^{re} partie », *LPA*, 28 avril 2008, n° 85, p. 7 ; Ch. GEIGER, « Droit d'auteur et liberté de création artistique : un fragile équilibre. Libres propos à partir de l'arrêt « Victor Hugo » de la Cour de cassation du 30 janvier 2007 », *RLDI*, n° 26, 4/2007 ; P. SIRINELLI, « Chronique de jurisprudence », *RIDA* n° 212, avril 2007, spéc. p. 193 et suiv.

²³⁴ La création artistique est définie par ce même auteur comme étant « toute production de l'esprit humain qui procède de la volonté de faire œuvre originale et de satisfaire un idéal esthétique » : M. VERDUSSEN, « Les droits de l'homme et la création artistique », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 1001 et suiv., spéc. p. 1004. Cette définition est contestable.

²³⁵ M. VERDUSSEN, *op. cit.* p. 1002

²³⁶ Arrêt Müller contre Suisse, du 24 mai 1988, CEDH, 24 mai 1988, série A n° 133, § 33 ; l'article 10 CEDH trouve également à s'appliquer pour la publicité commerciale : voir CEDH, 20 novembre 1989, markt intern Verlag GmbH & Klaus Beermann c/ Allemagne, cité par P. WASCHSMANN, « Liberté d'expression », *JurisClasseur Libertés*, fasc. 800, 2008, n° 6

²³⁷ E. DREYER, *Le dépôt légal essai sur une garantie nécessaire au droit du public à l'information*, L.G.D.J., 2003, n° 476

²³⁸ P. WASCHSMANN, « Liberté d'expression », *JurisClasseur Libertés*, fasc. 800, 2008, n° 6

²³⁹ Le corollaire de la liberté d'expression « *serait la liberté de création, qui se trouve être d'ailleurs à la jonction du droit d'auteur et lui sert de complément, sauf hypothèse de création à partir d'une œuvre préexistante* » : M. CAUVIN, « FIFA : 1 – Onze mondial : 0 ou la prédominance de principe du droit d'auteur sur le droit public à l'information », cass. 1^{re} civ., 7 octobre 2007, cass. 1^{re} civ., 8 avril 2008, *RLDI*, mai 2008, n° 38, act. p. 6 ; Les corollaires de la liberté d'expression sont « *la liberté d'être informé, liberté fréquemment désignée sous le vocable de « droit à l'information du public » et que le professeur Dreyer désigne plus volontiers comme « liberté de communication » ; un autre de ces corollaires est la liberté de création* » : B. LARERE, « Les limites controversées au monopole. La liberté d'expression comme « droit » concurrent. La question envisagée du point de vue de la liberté de création », *RLDI*, mai 2009, supplément n° 49, n° 1636, p. 34, n° 2 ; Ch. CARON, « Droit d'auteur : vive la liberté de création ! », *com. com. électr.*, décembre 2007, n° 12, com. 149 : « *Forme de liberté d'expression qui préexiste à la réalisation de l'œuvre, la liberté de création est*

48. Les similitudes entre liberté de création et liberté d'expression. De plus, le droit d'auteur et la liberté d'expression auraient le même but, celui de contribuer « à la diffusion la plus large possible des œuvres et des idées »²⁴⁰. En effet, il semblerait que depuis son origine, le droit d'auteur a été conçu comme un droit « assurant la liberté de l'auteur vis-à-vis du pouvoir »²⁴¹ : notamment une liberté intellectuelle, la « liberté de choix du contenu, le préservant de la censure du pouvoir »²⁴². La diffusion des idées, des opinions²⁴³ était alors garantie et bénéficiait ainsi à la société.

Ainsi, « l'auteur s'inscrit dans un dialogue démocratique, artistique et sociétal »²⁴⁴. L'art est d'ailleurs un moyen d'exprimer ses opinions, et même plus largement, un moyen de communication. Le raisonnement a été étendu au droit qui le protège. Cela a pu faire considérer que le droit d'auteur était « une partie intégrale du droit de la communication »²⁴⁵. Le droit d'auteur aurait alors un « rôle de « véhicule de la liberté d'expression » »²⁴⁶.

En cela, la liberté de création et la liberté d'expression peuvent tendre vers un même but. La liberté d'expression, comme la liberté de création permettent « l'épanouissement de l'homme et [le] progrès de toute société dans le domaine culturel, scientifique, littéraire, artistique »²⁴⁷.

tout de même la liberté fondamentale qui permet à bien des œuvres d'exister. C'est pourquoi elle ne doit être limitée que de façon exceptionnelle ».

Voir également la thèse d'A. ZOLLINGER, *Droit d'auteur et droits de l'homme*, Poitiers, 2006, n° 515 : la liberté d'expression contiendrait la liberté artistique et le droit du public à l'information. Il estime cependant que liberté de création artistique et liberté d'expression artistique n'ont pas la même « connotation » : A.

ZOLLINGER, *op. cit.* n° 535.

²⁴⁰ P. KAMINA, « Droit d'auteur et article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme. A propos de quelques affaires récentes, en France et en Europe », *Légicom*, n° 25, 2001/2, p. 7

²⁴¹ Ch. GEIGER, « De la nature juridique des limites au droit d'auteur. Une analyse comparatiste à la lumière des droits fondamentaux », *Propriétés intellectuelles* octobre 2004, n° 13, p. 882 et suiv., p. 883 ; *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, Paris, 2004, p. 131, n° 58. Il semblerait cependant que l'art était, malgré tout « un domaine extrêmement contrôlé, assujéti à la sévérité des législateurs et qui doit servir la cause républicaine » : Th. SCHLESSER, *L'art face à la censure. Cinq siècles d'interdits et de résistance*, éd. Beaux-arts, p. 94

²⁴² Ch. GEIGER, « De la nature juridique des limites au droit d'auteur. Une analyse comparatiste à la lumière des droits fondamentaux », *Propriétés intellectuelles* octobre 2004, n° 13, p. 882 et suiv., p. 884

²⁴³ Ch. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, Paris, 2004, p. 131, n° 126

²⁴⁴ Ch. GEIGER, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », *RIDE*, 2006, p. 397

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ G. COHEN-JONATHAN, article 10, in L.-E. PETITTI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (sous la dir. de), *La convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 2^e éd., 1999, p. 366



Dans ce sens, il est courant de considérer que « *la liberté d'expression évoque la liberté de création qui permet à l'auteur de créer une œuvre, et donc de s'exprimer* »²⁴⁸. Ainsi, la liberté de création est un sous-ensemble de la liberté d'expression pour de nombreux auteurs²⁴⁹, mais également pour la jurisprudence²⁵⁰.

Les libertés de création et d'expression sont, de plus, citées souvent ensemble, elles sont distinctes, même si leurs différences, dans les domaines où il est fait référence à la liberté de création, ne sont pas exposées²⁵¹.

49. Distinction entre liberté de création et liberté d'expression. Seule la création artistique semble être prise en compte par la liberté d'expression²⁵², dans la mesure où elle est susceptible de porter un message, ce qui n'est pas toujours le cas²⁵³. Les autres formes de création ne sont pas concernées par cette assimilation entre liberté de création et liberté d'expression.

En effet, si l'œuvre peut être porteuse d'opinion ou d'idées, sa première finalité est esthétique²⁵⁴. B. GLEIZE ajoute à ce sujet que « *même lorsqu'il véhicule une opinion, l'acte*

²⁴⁸ Ch. CARON, « La Convention européenne des droits de l'homme et la communication des œuvres au public : une menace pour le droit d'auteur ? », *comm. comm. électr.*, octobre 1999, chronique 1, p. 9 et suiv. spéc. p. 10

²⁴⁹ Voir notamment Ch. CEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, Paris, 2004, p. 133, n° 130 ; J.-M. BRUGUIERE, « Quand le Conseil constitutionnel (re)découvre la propriété intellectuelle. La propriété intellectuelle objectif ou limite d'intérêt général ? » à propos de Cons. const., déc. n° 2004-498 du 29 juillet 2004 et cons. const., déc. n° 2004-499, du 29 juillet 2004, *propriétés intellectuelles*, avril 2005, n° 15, p. 225 et suiv.

²⁵⁰ Cass. 1re civ., 30 janvier 2007, comm. : J. B., « La publication d'une « suite » d'une œuvre littéraire tombée dans le domaine public ne peut être interdite en son principe », *JCP G* n° 6, 7 février 2007, act. 70 ; N. BINCTIN, « Marius et Cosette (A propos des suites données aux « Misérables » de Victor Hugo et l'articulation entre droit d'auteur et liberté d'expression) », *LPA*, 19 juillet 2007, n° 144, p. 8 ; Ch. CARON, « La publication d'une « suite » d'une œuvre littéraire tombée dans le domaine public ne peut être interdite en son principe », *JCP G* n° 7, 14 février 2007, II 10025 ; J. DALEAU, « La liberté de création au secours du droit d'adaptation », *Dalloz*, 2007, actualité jurisprudentielle, l'arrêt de la semaine, p. 497 ; X. DAVERAT, « communication et créations intellectuelles, chronique n° XXXII, 1re partie », *LPA*, 28 avril 2008, n° 85, p. 7 ; Ch. GEIGER, « Droit d'auteur et liberté de création artistique : un fragile équilibre. Libres propos à partir de l'arrêt « Victor Hugo » de la Cour de cassation du 30 janvier 2007 », *RLDI*, n° 26, 4/2007

²⁵¹ Voir par exemple, la Résolution sur le respect des droits de l'homme dans l'union européenne du parlement européen (C98/279) : « *le parlement européen condamne toute forme de censure culturelle et toute attaque contre la liberté d'expression et de création* ». Elle est également mentionnée à l'article 15 § 3 du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : RS 0.103.1, article : « *les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté indispensable à la recherche scientifique et aux activités créatrices* ».

²⁵² Ou à la création « culturelle » : J.-M. BRUGUIERE, « Quand le Conseil constitutionnel (re)découvre la propriété intellectuelle. La propriété intellectuelle objectif ou limite d'intérêt général ? » à propos de Cons. const., déc. n° 2004-498 du 29 juillet 2004 et cons. const., déc. n° 2004-499, du 29 juillet 2004, *propriétés intellectuelles* avril 2005, n° 15, p. 227

²⁵³ D. LEFRANC cite par exemple l'exposition Our body, « *à supposer qu'un cadavre fut une œuvre d'art* » : pour les organisateurs de l'exposition, il s'agissait « *d'avantage [de] la liberté d'entreprendre que celle de s'exprimer* » : D. LEFRANC, « « La liberté de l'art et l'exception artistique ». Libres propos sur un colloque genevois », *Légipresse*, n° 286, septembre 2011, p. 477 et suiv., spéc. p. 480

²⁵⁴ A. TICOIRE, *Petit traité de la liberté de création*, éd. La Découverte, Paris, 2011, p. 15



de création va au-delà de la simple expression de cette opinion : il se concrétise par un résultat. L'œuvre littéraire, aussi engagée soit-elle, ne saurait par exemple se résumer au fait de communiquer des idées à autrui »²⁵⁵. Limiter la liberté de création au champ de la liberté d'expression, reviendrait donc à considérer que seul le message porté par la création, s'il y en a un, est digne d'être protégé.

La liberté d'expression ne prendrait, en effet, pas en compte la spécificité de la création artistique, il s'agit d'une forme d'expression qui se concrétise dans une œuvre²⁵⁶.

D'autres auteurs rejettent une telle référence à la liberté d'expression pour les œuvres, en comparant liberté d'expression et droit d'auteur : la liberté d'expression serait « devenue un droit du public, « droit à recevoir l'information »²⁵⁷, « droit à communication » plus qu'un droit de s'exprimer ou de communiquer »²⁵⁸. De plus, les intérêts de la collectivité ainsi protégés par la liberté d'expression ne se limitent pas aux intérêts des futurs auteurs, mais au contraire pourraient nuire à la création. Or il semblerait que le bénéfice que tire le public, les consommateurs de la création est secondaire, la liberté de création ayant principalement pour objectif de permettre la création, ce qui suppose un équilibre entre les intérêts des différents acteurs, et avant tout entre création existante et création à venir.

Il semble alors que la liberté de création, dans son ensemble, ne peut être contenue par la liberté d'expression. Elles sont simplement complémentaires.

S'il est affirmé que la propriété intellectuelle est une limite à la liberté, une exception au principe qu'est la liberté, c'est de la liberté du commerce et de l'industrie qu'il s'agit²⁵⁹. En effet, les droits de propriété intellectuelle, comme droits exclusifs, constituent des limitations à la liberté du commerce et de l'industrie²⁶⁰. La liberté de création ne relève donc pas de la

²⁵⁵ B. GLEIZE, *La protection de l'image des biens*, éd. Defrénois, 2008, p. 249, n° 388

²⁵⁶ B. GLEIZE, *op. cit.*, p. 251-252, n° 390

²⁵⁷ J. RAVANAS, « Liberté d'expression et protection des droits de la personnalité », *Dalloz*, 2000, p. 459, n° 10

²⁵⁸ B. BEIGNIER, B. DE LAMY, E. DREYER (dir.), *Traité de droit de la presse et des médias*, Litec, 2009, n° 199, p. 73

²⁵⁹ En particulier Ch. CARON, *Droits d'auteur et droits voisins*, Litec, 2009, 2^e éd., n° 7

²⁶⁰ F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, 2010, n° 48, p. 25 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, *Dalloz*, 2^e éd., 2013, n° 119, p. 133 ; J.-Ch. GALLOUX, « Contrôle de constitutionnalité de l'accord sur l'application de l'article 65 de la Convention sur la délivrance de brevets européens (Cons. const., 28 sept. 2006, décis. n° 2006-541 DC) », *Dalloz*, 2007, p. 61 et suiv. : « l'Etat garantissant la liberté du commerce et de l'industrie a l'obligation de sauvegarder un domaine public (technique) permettant l'exercice de cette liberté. Il est donc amené à vérifier la pertinence des droits intellectuels qu'il octroie, notamment des droits de brevets qui, par nature, restreignent ce domaine public ».



seule liberté d'expression. La création, comprise comme bien²⁶¹ est souvent reliée à la liberté du commerce et de l'industrie (B).

B) Liberté de création et liberté du commerce et de l'industrie, ou liberté d'entreprendre

50. Les droits de propriété intellectuelle, dans la mesure où ils permettent aux créateurs de bénéficier d'un monopole et de droits privatifs²⁶², limitent la liberté du commerce et de l'industrie. Celle-ci doit tout d'abord être définie (1), avant de déterminer quels sont les liens entre liberté de création et liberté du commerce et de l'industrie et liberté d'entreprendre (2).

1. La liberté du commerce et de l'industrie, liberté d'entreprendre

51. La consécration de la liberté du commerce et de l'industrie. La liberté du commerce et de l'industrie a été affirmée en 1791 dans le décret d'Allarde. L'article 7 de ce décret dispose : « *Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon* ».

La liberté du commerce, selon la C.P.J.I. est [...] « *la faculté, en principe illimitée, de se livrer à toute activité commerciale, que celle-ci ait pour objet le négoce proprement dit, c'est-à-dire la vente et l'achat de marchandises, ou qu'elle s'applique à l'industrie et notamment l'industrie des transports, qu'elle s'exerce à l'intérieur ou qu'elle s'exerce avec l'extérieur par importation ou exportation. La liberté du commerce ne signifie pas l'abolition de la concurrence ; elle présuppose cette concurrence* »²⁶³. Cette liberté est donc liée à la libre concurrence.

52. La liberté d'entreprendre. Pour la majorité de la doctrine, cette libre concurrence est un des aspects de la liberté du commerce et de l'industrie, l'autre étant la liberté d'entreprendre. Celle-ci est reconnue comme étant une règle à valeur constitutionnelle²⁶⁴. Elle a été pensée²⁶⁵ par les Constituants qui l'ont consacrée, comme étant

²⁶¹ Voir notamment. LIBCHABER, « La propriété, droit fondamental », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 18^e éd., 2012, p. 739 et suiv., voir n° 952

²⁶² Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n° 7, p. 7

²⁶³ C.P.J.I., Affaire Oscar Chinn, (Belgique contre Royaume-Uni), C.P.J.I., arrêt du 12 décembre 1934, série A/B, n° 63, p. 84

²⁶⁴ Cons. constit. 16 janvier 1982, n° 81-132 DC, comm. notamment L. HAMON, *Dalloz* 1983, p. 169 ; A. PIEDELIEVRE et J. DUPICHOT *GP* 1982.1.67 ; NGUYEN QUOC VINH et Cl. FRANK ; *JCP* 1982, II, 19788 ; J.-L. MESTRE, « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », *Dalloz*, 1984, chron. p. 1 ; F. SAVY, « la constitution des juges », *Dalloz* 1983, chron. 105 ; D. FERRIER, « La liberté du commerce et de l'industrie », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.), *Libertés et droits*



« la liberté d'user de ses facultés pour parvenir à son épanouissement et à son bien-être matériel, sous la seule réserve de l'obligation de ne pas nuire à autrui »²⁶⁶. On peut la définir comme ce qui « permet à chaque individu d'exercer librement une activité économique et d'en tirer profit »²⁶⁷. Ou encore, il s'agit du « droit de créer, s'installer, exploiter, gérer, concurrencer et exploiter, percevoir les fruits de son activité, ou encore se retirer du monde des affaires »²⁶⁸.

Son champ est large. Elle apparaît cependant comme étant d'avantage une liberté économique, qu'une liberté pouvant protéger des intérêts autres que patrimoniaux. Elle est d'ailleurs considérée comme la liberté « de créer l'entreprise de son choix »²⁶⁹.

Le lien entre liberté d'entreprendre et liberté du commerce et de l'industrie est discuté. Pour certains, la liberté d'entreprendre est plus large, et est donc autonome par rapport à la liberté du commerce et de l'industrie. Son champ d'application ne se limiterait pas aux « activités commerciales et industrielles » mais comprendrait « l'ensemble des activités économiques »²⁷⁰. Pour d'autres ces libertés se confondent.

La liberté d'entreprendre serait également liée à la propriété²⁷¹. En effet, la « liberté d'entreprendre se rattache au principe général de liberté et découle du droit de propriété »²⁷².

Tous les auteurs n'établissent pas de hiérarchie entre les deux, et il semble plus juste de considérer que propriété²⁷³ et liberté se complètent. Plus particulièrement « la liberté d'entreprendre est complétée par le droit de propriété, idée formulée par le droit

fondamentaux, 18^e éd., 2012, p. 783 et suiv., voir n° 993 p. 787 (contrairement à la liberté du commerce et de l'industrie). La liberté du commerce et de l'industrie est une règle à valeur constitutionnelle : J.-B. RACINE, « L'ordre concurrentiel et les droits de l'homme », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, éd. Frison-Roche, Paris, 2003, p. 419 et suiv., spéc. p. 430

²⁶⁵ J.-L. MESTRE, *op. cit.* p. 1 ; F. SAVY, *op. cit.* chron. 105, p. 3

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ Ch. CEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, Paris, 2004, p. 138, n° 140

²⁶⁸ V. FRAISSINIER, *La liberté d'entreprendre. Etude de droit privé*, thèse, la réunion ; 2006, n° 4

²⁶⁹ F. SERVOIN, *Droit administratif de l'économie*, 2^e éd. Presses universitaires de Grenoble, 2001, p. 37

²⁷⁰ V. FRAISSINIER, *op. cit.*, n° 34

²⁷¹ QUOC VINH (N.) et FRANCK (C.), *JCP*, 1982.II.19788. L. FAVOREU, « La décision du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations », *RDP*, 1982, p. 418

²⁷² V. FRAISSINIER, *op. cit.* n° 41

²⁷³ La propriété ayant deux aspects : « dans la relation à la chose, la propriété exclusive est liberté absolue de faire ce que l'on veut d'une chose pour autant que cela ne soit pas interdit ; dans la relation aux autres, la propriété est encore exclusive au sens où le propriétaire peut exclure les tiers de la jouissance de sa chose, ce qui garantit juridiquement l'efficacité de sa propriété » : R. LIBCHABER, « La propriété, droit fondamental », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 18^e éd., 2012, p. 739 et suiv., voir n° 934



communautaire et le droit européen des droits de l'homme. La liberté d'entreprendre peut pareillement paraître comme le complément du droit de propriété »²⁷⁴.

La liberté d'entreprendre et le droit de propriété seraient ainsi le « *fondement du système libéral* »²⁷⁵.

La liberté du commerce et de l'industrie, la liberté d'entreprendre, et la liberté de création ne semblent pas être assimilables. Cependant, elles sont proches.

2. Les liens entre liberté du commerce et de l'industrie et la liberté de création

53. La protection de la création, limite de la liberté du commerce et de l'industrie. Les droits de propriété intellectuelle ont vocation à modifier le jeu du marché²⁷⁶. Là est le lien entre liberté du commerce et de l'industrie et propriété intellectuelle. Les droits de propriété intellectuelle ont vocation à favoriser la création, à permettre à des créateurs de bénéficier d'un avantage sur un marché sans lequel ils ne créeraient pas. La liberté de création, que l'assurance de bénéficier de droits exorbitant permet, est alors partie de la liberté du commerce et de l'industrie. Libre de créer, et donc d'entrer sur un marché. La propriété intellectuelle est « *tributaire du marché* »²⁷⁷.

La propriété intellectuelle est ainsi perçue comme une exception à la liberté du commerce et de l'industrie²⁷⁸.

54. Propriété intellectuelle et liberté d'entreprendre. Si l'on considère majoritairement les droits de propriété intellectuelle comme des droits de propriété²⁷⁹, le lien

²⁷⁴ V. FRAISSINIER, *op. cit.* n° 42 ; G. MARCOU, « Réflexions sur l'origine et l'évolution des droits de l'homme », in *Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier, service public et libertés*, éd. de l'université et de l'enseignement moderne, Paris, 1981, p. 638 estime que liberté du commerce et de l'industrie et liberté d'entreprendre se complètent.

²⁷⁵ Ch. CEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, Paris, 2004, p. 138, n° 140

²⁷⁶ M. VIVANT, « La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ? Rapport de synthèse », in M. VIVANT (dir.) *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz 2004, p. 177 et suiv., p. 179, n° 6

²⁷⁷ M. VIVANT, *op. cit.* p. 179

²⁷⁸ J. PASSA, « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », *Dalloz*, 2000, p. 297, n° 7 ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, p. 7, n°7 ; B. REMICHE, « L'ordre concurrentiel et l'accord ADPIC », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, éd. Frison-Roche, Paris, 2003, p. 315 : c'est une « dérogation ».

²⁷⁹ Contre : A.-C. RENOARD, *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, tome 1, Paris, 1838, p. 454 et suiv.



entre liberté d'entreprendre et propriété intellectuelle est évident²⁸⁰. Pour certains elles s'opposent. Les droits de propriété intellectuelle seraient alors des limitations à la liberté d'entreprendre²⁸¹. Ces droits protègent ainsi le monopole d'exploitation des créateurs par l'octroi de droits privatifs²⁸². L'affirmation de la propriété intellectuelle comme droit de propriété permet notamment de considérer la propriété intellectuelle comme un droit fondamental, et est aujourd'hui reconnue²⁸³. Cette affirmation est cependant contestée, notamment par M. VIVANT, pour lequel, s'il est admis que le droit de propriété²⁸⁴ est considéré comme un droit de l'homme, il n'est pas évident d'en déduire que la propriété intellectuelle est elle-même un droit de l'homme. En tout cas, pour M. VIVANT, aux vues des différences entre les conceptions des différents pays et dans une perspective universaliste, si le droit d'auteur a « *beaucoup du droit de propriété* », « *cela peut difficilement fonder sa qualification en droit de l'Homme* »²⁸⁵.

Il en résulte une « *dialectique propriété-liberté* » qui serait issue de la consécration, par le libéralisme, d'une part de la « *propriété intellectuelle comme un droit naturel du créateur* » et d'autre part de la consécration de « *liberté du commerce et de l'industrie, son corollaire la liberté d'entreprendre et la liberté d'expression* »²⁸⁶.

²⁸⁰ En ce sens : M. VIVANT, la propriété intellectuelle « *n'est pas conçue contre la liberté, et d'abord la liberté d'entreprendre* » : M. VIVANT (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, éd. Ellipses, Paris, juillet 1997, p. 11

²⁸¹ Ou encore une « dérogation » (pour le brevet) : R. KOVAR, « Respecter les règles de la concurrence : les déviations en matière de brevets à la croisée des droits de propriété intellectuelle et de la concurrence », in *Colloque de l'IRPI, Approches stratégiques de la propriété industrielle*, LexisNexis, 2011, p. 99, spéc. p. 104

²⁸² D. FERRIER, « La liberté du commerce et de l'industrie », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 18^e éd., 2012, p. 781 et suiv., voir n° 1004

²⁸³ Voir M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, précis Dalloz, 2^e édition, 2013, n° 27-30 ; article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 ; considérant 3 de la directive de 2001 sur la société de l'information ; CEDH, 4^e sect., 29 janvier 2008, comm. par J.-M. BRUGUIERE, *propriétés intellectuelles* 2008, n° 28, p. 338 ; Ch. CARON, *comm. comm. électr.*, 2008, comm. 76 ; J. LESUEUR, *Légipresse*, 2008, n° 250, III, p. 61 ; Conseil constitutionnel 27 juillet 2006, comm. V.-L. BENABOU, « A propos de la décision du Conseil constitutionnel », *propriétés intellectuelles*, 2006, n° 20, p. 240 ; C. CASTETS-RENARD, « La décision du 27 juillet 2006 », *Dalloz*, 2006, p. 2157 ; Ch. CARON, *comm. comm. électr.*, 2006, comm. 140 ; L. THOUMYRE, « Loi DAVDSI : éclipse et scintillements au Conseil constitutionnel », *Légipresse* 2006 n° 234, I, p. 129 ; J. E. SCHOETTL, « La propriété intellectuelle est-elle constitutionnellement soluble dans l'univers numérique ? », *petites affiches*, 14 août 2006, n° 161, 162, 163 ; Th. VERBIEST et P. RAYNAUD, « Adoption de la loi DAVDSI et décision du Conseil constitutionnel », *RLDI* septembre 2006, n° 587, p. 47 ; M. VIVANT, « Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété... », *propriétés intellectuelles*, avril 2007, n° 23, p. 193

²⁸⁴ Encore que : M. VIVANT, « Le droit d'auteur, un droit de l'homme ? », *RIDA*, 174, octobre 1997, p. 79 : nuance en s'appuyant sur la thèse de C. MOULY, *La place de la propriété parmi les droits de l'homme*, Aix en Provence, 1996 pour lequel la propriété « *est une garantie des droits de l'homme qui en sont l'expression [des valeurs fondamentales que sont la liberté, l'égalité et la dignité]* ».

²⁸⁵ M. VIVANT, « Le droit d'auteur, un droit de l'homme ? », *RIDA*, 174, octobre 1997, p. 85

²⁸⁶ M. VIVANT (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, ellipses, 1997, p. 12



Pour M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE soutenir que le droit d'auteur est une propriété, n'implique pas « *que la dimension morale du droit d'auteur soit niée ou réduite à l'insignifiant* »²⁸⁷. Cependant, cela soulève une question, celle de la prise en compte de la particularité de ces droits par rapport au droit commun²⁸⁸.

55. La protection de la création, exception à la liberté du commerce et de l'industrie, dont la spécificité est prise en compte par la liberté de création. De plus, si l'on considère que la liberté est le principe, propriété intellectuelle et liberté du commerce et de l'industrie ne sont pas que complémentaires. Cette dernière prévaudrait, dans la mesure où la liberté du commerce et de l'industrie est la liberté dont est issue la propriété intellectuelle²⁸⁹. La dimension économique ne prime pas forcément, et peut même être absente en matière de création. Alors peut-on estimer que la liberté du commerce et de l'industrie protège tous les intérêts en cause car elle « *se décline en autant de libertés de créer, de s'exprimer et d'entreprendre* »²⁹⁰ ?

Il paraîtrait au contraire que seule une liberté, telle que la liberté de création, protégeant les intérêts spécifiques inhérents à la matière, et non principalement tournée (voire exclusivement) vers les intérêts économiques, puisse diriger la propriété intellectuelle. La création intellectuelle est alors conçue comme toute activité économique. Cela est contesté. Ainsi, B. EDELMAN oppose le droit moral, « *les droits de la création* »²⁹¹ au marché²⁹². Ces droits constitueraient « *une force de résistance à la libre exploitation de l'œuvre* »²⁹³, et partant une limite à l'adaptation « *de l'œuvre aux besoins, réels ou supposés, du marché* »²⁹⁴.

²⁸⁷ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, précis Dalloz, 2^e édition, 2013, n°27-30 ; J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois*, Litec, 1990, n° 376

²⁸⁸ Voir sur le rattachement du droit des biens et de la propriété intellectuelle : Ch. CARON, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G*, n° 39, 22 septembre 2004, I, 162, n° 3 : « *il ne faut pas que le droit des biens soit trop omniprésent au sein de la propriété intellectuelle car cela risquerait de gommer les précieuses spécificités de cette discipline* ».

²⁸⁹ Notamment : F. SIIRIAINEN, « Propriété intellectuelle et concurrence. Problématique de la convergence », in *La propriété intellectuelle entre autres droits*, sous la dir. de J.-M. BRUGUIERE, Dalloz, 2009, p. 33 ; J. PASSA, « Les protections alternatives au droit d'auteur en droit français », in Ch. GEIGER, M. BOUYSSIERUCH, R. HILTY, *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, éd. Litec, 2007, p. 247

²⁹⁰ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2009, 2^e éd., n° 7

²⁹¹ B. EDELMAN, « Le crépuscule du droit d'auteur », in *La personne en danger*, Presses universitaires de France, 1999, p. 227 (230-231), également paru in *Le messager européen*, n° 8, 1994, p. 371 et suiv. : ces droits de la création comprendraient le droit moral des héritiers de s'opposer à la « diffusion dans sa version colorisée » du film.

²⁹² *Ibid.*

²⁹³ *Ibid.*

²⁹⁴ B. EDELMAN, « Le crépuscule du droit d'auteur », in *La personne en danger*, Presses universitaires de France, 1999, p. 227 (232), également paru in *Le messager européen*, n° 8, 1994, p. 371 et suiv.



En effet, les intérêts des acteurs de la création ne peuvent être réduits à cette dimension, et l'on remarque que, particulièrement à propos de parodies, c'est la liberté d'expression qui est invoquée. Ces trois libertés se chevauchent, mais elles ne sont pas semblables.

La confusion est également due à la finalité économique de la réservation par les droits de propriété industrielle. Ainsi, la liberté du commerce et de l'industrie est mentionnée le plus souvent par rapport à la propriété industrielle qui a pour effet de restreindre cette liberté, dans la mesure où elle permet une réservation de l'invention ou de la marque. Le brevet restreindrait donc la liberté du commerce et de l'industrie, donc la libre concurrence et la liberté d'entreprendre. Par cette réservation, il permet la rémunération, ainsi que l'apport d'une technique nouvelle à la société, ce qui est bénéfique à la liberté du commerce et de l'industrie. Celle-ci implique nécessairement un encadrement. Le brevet favorise la création et donc l'industrie. Il « *intervient en amont, dans les stratégies de recherche et de développement des entreprises, et participe de la régulation des activités de conceptualisation et de création de nouveautés* »²⁹⁵.

La liberté de création et la liberté du commerce et de l'industrie vont alors dans le même sens, la dimension personnaliste en ce qui concerne les inventions est faible. Il semble cependant que la liberté d'entreprendre soit susceptible de correspondre, au moins en partie à la liberté de création, en ce qu'elle permet « *d'exercer l'activité de son choix* »²⁹⁶. Le brevet est d'ailleurs considéré, « *en raison du monopole – juridique et non pas économique – qu'il instaure, une exception aux règles de fonctionnement de l'économie libérale, aux libertés économiques qu'elle promeut : liberté d'entreprendre, liberté de la concurrence, liberté de circulation des marchandises* »²⁹⁷. A priori, au regard de ce qu'en disent R. CHARVIN et J.-J. SUEUR, c'est une liberté dont l'exercice « *s'inscrit dans la logique de fonctionnement du système économique* »²⁹⁸. Elle est exercée par les entreprises. La liberté de création doit alors être considérée comme une liberté pouvant être exercée non seulement par les créateurs eux-mêmes, mais également les industriels, bénéficiant de droits de propriété intellectuelle.

56. La liberté d'entreprendre et la liberté de création, protectrices de la diffusion des créations. A propos des œuvres d'art, il a été affirmé que la liberté de création ne peut être séparée de la liberté protégeant les œuvres d'art à partir de leur « *insertion dans la*

²⁹⁵ J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de propriété industrielle*, précis Dalloz, 7^e édition, 2012, n° 189

²⁹⁶ D. FERRIER, « La liberté du commerce et de l'industrie », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 18^e éd., 2012, p. 783 et suiv., voir n° 995

²⁹⁷ J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de propriété industrielle*, précis Dalloz, 7^e édition, 2012, n° 187

²⁹⁸ R. CHARVIN, J.-J. SUEUR, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, Litec, 4^e éd., p. 299, n° 220



collectivité »²⁹⁹, la liberté de création comprend donc également la possibilité de diffuser la création.

On a pu cependant considérer que la liberté d'entreprendre prenait le relai de la liberté de création, au moment de la diffusion. Il a été affirmé que la liberté d'entreprendre est le « *prolongement de la liberté de création* »³⁰⁰, car elle permet à tous les créateurs de diffuser et d'exploiter leur création, qu'elles soient artistiques, ou techniques. Dans cette phase postérieure à la création, pour certains, la liberté du créateur est assurée par la liberté d'entreprendre³⁰¹. Il semble plutôt que la liberté de création rejoint alors la liberté d'entreprendre, puisque la création envisagée par le droit est celle qui est ou devrait être diffusée.

La spécificité de la liberté de création se trouve notamment dans l'entre les différents intérêts vers lequel doit tendre la propriété intellectuelle. La liberté de création, comme cadre, est favorable en effet aux créateurs, comme au public et aux investisseurs, tout en les conciliant. Le rôle de la liberté de création par rapport aux intérêts en présence est donc de préserver un équilibre entre les différents intérêts afin de protéger, voire favoriser la création (section 2).

Section 2 : Le rôle de la liberté de création par rapport aux intérêts en présence

57. La recherche d'un équilibre entre les différents intérêts en présence. La liberté de création a pour objectif de permettre, voire de favoriser la création, et afin de permettre une rémunération, de pouvoir exploiter la création³⁰². Pour permettre cette création, il est nécessaire d'équilibrer les intérêts des différents acteurs en jeu. En effet, il existe des domaines dans lesquels le créateur a une place prépondérante, comme dans celui de la création artistique. D'une manière générale, l'investissement que demande la création est également encadré.

²⁹⁹ M. VERDUSSEN, « Les droits de l'homme et la création artistique », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 1001 et suiv., spéc. p. 1006

³⁰⁰ B. GLEIZE, *La protection de l'image des biens*, éd. Deffrénois, 2008, p. 255, n° 394 et suiv.

³⁰¹ B. GLEIZE, *op. cit.* p. 258, n° 398

³⁰² B. GLEIZE, *op. cit.* n° 385 : la « création est destinée à avoir un public (...) ce qui implique au minimum une publication ».



Enfin, la création doit bénéficier à un public, qui doit y avoir accès et doit également pouvoir s'inspirer des créations préexistantes. Pour ne pas empêcher, bloquer les nouvelles créations, le législateur s'est employé à la recherche de cet équilibre. Celui-ci devrait être atteint par les droits de propriété intellectuelle³⁰³. En effet, si l'on considère que la propriété intellectuelle, comme tout autre droit spécial, « *se soucie des finalités* »³⁰⁴, l'équilibre favorisant la création nouvelle est ce qui est recherché dans l'application de ces droits. Le principe de finalité, tout comme celui de proportionnalité, est inhérent aux droits et libertés³⁰⁵.

58. L'équilibre recherché nécessite de limiter l'étendue de la protection. Cette liberté de création, consubstantielle à la propriété intellectuelle, justifie de ne pas ouvrir la protection par un droit de propriété intellectuelle à toute création³⁰⁶. De plus, lorsqu'il n'y a aucune liberté, il ne pourra pas s'agir non plus de création protégeable. A ce titre, la copie est exclue de la protection.

59. Au-delà de l'étendue des droits, des règles particulières doivent permettre un équilibre entre les différents intérêts en cause. Par exemple, on ne peut bénéficier du brevet et garder le secret sur son invention³⁰⁷. De même, la parodie, la caricature limitent les droits des créateurs de l'œuvre originale au profit de la liberté de création des futurs créateurs.

60. Hors des droits de propriété intellectuelle, la liberté de création peut être restaurée par d'autres droits ou libertés. Or parfois, cet équilibre au sein de la propriété intellectuelle n'est pas satisfaisant. Cela a conduit les juges à recourir à d'autres droits tels que le droit de la concurrence. La protection du consommateur ou encore la théorie de l'abus de

³⁰³ Il est mis en œuvre par les juges : l'équilibre est parfois le résultat de décisions au cas par cas. De plus, dans certains cas des dispositions spécifiques ne sont pas intégrées aux droits de propriété intellectuelle.

³⁰⁴ J.-M. BRUGUIERE, « Propos introductifs » in *La propriété intellectuelle entre autres droits*, sous la dir. de J.-M. BRUGUIERE, Dalloz, 2009, p. 2

³⁰⁵ J. RAVANAS, « Liberté d'expression et protection des droits de la personnalité », *Dalloz*, 2000, p. 459, n° 19

³⁰⁶ Voir à ce propos, dans une étude limitée à la création artistique : A. STOWEL et F. TULKENS, « Equilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur. A propos des libertés de créer et d'user des œuvres », in A. STOWEL et F. TULKENS (dir.), *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Larcier, 2006, p. 9 et suiv., spéc. p. 38

³⁰⁷ Il s'agit de l'idée selon laquelle à l'origine, le brevet était un contrat entre l'inventeur et la société, cette dernière encourageant « l'innovation en accordant à l'inventeur une exclusivité temporaire sur l'exploitation de sa création », en échange duquel l'inventeur la décrit et l'exploite : Ch. NOZARDAN, « Brevet et intérêt général », in B. REMICHE (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général, actes du colloque de Louvain-la Neuve*, Larcier, Bruxelles, 2007, p. 445 et suiv., spéc. p. 454. A cet égard, il a d'ailleurs été souligné que l'information devenait « inaccessible » tant elle était diluée, notamment dans le secteur des biotechnologies : M. VIVANT, « Le système des brevets en question » in B. REMICHE (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général, actes du colloque de Louvain-la Neuve*, Larcier, Bruxelles, 2007, n° 15 ; M. VIVANT, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *RIDE*, 2006, p. 361, 10.2 : « Le brevet est, en effet, normalement la « récompense » de l'apport que le breveté fait de la révélation de son invention à la société, en d'autres termes d'une information qu'il lui apporte ».



droit³⁰⁸ limitent les droits de propriété intellectuelle. Les droits fondamentaux sont également sollicités, et notamment la liberté d'expression et de création. Certains y voient une « *rupture de cohérence* » de la matière³⁰⁹. On peut en effet se demander s'il est souhaitable que le déséquilibre soit ainsi corrigé par des droits extérieurs, et notamment des instruments de régulation du marché. Il semble pourtant que cela soit rendu nécessaire par l'évolution des techniques. En effet, on constate un « *rythme toujours croissant du développement technologique [ayant] fondamentalement modifié le rôle et l'impact du droit d'auteur* »³¹⁰. A ce titre la liberté de création semble plus adéquate pour parvenir à l'équilibre entre création et création future que recourir à la liberté du commerce et de l'industrie.

Afin de déterminer le rôle de la liberté de création dans l'équilibre des intérêts protégés par les droits de propriété intellectuelle, il est tout d'abord nécessaire de spécifier quels sont ces intérêts (§ 1) avant d'envisager l'évolution de cet équilibre (§ 2).

§ 1 : Les intérêts en cause

61. La propriété intellectuelle prend en compte les intérêts en cause. Il doit s'agir d' « *un équilibre savant entre les droits des créateurs et de ceux qui les accompagnent par leurs investissements, d'une part, et les droits des tiers* »³¹¹. Les intérêts sont ceux des créateurs tout d'abord, qui *a priori* souhaitent une protection maximale sur leurs créations. Ensuite, le public est également le bénéficiaire de la création. Il doit pouvoir accéder aux œuvres et les utiliser pour de nouvelles créations et est alors considéré comme futur créateur. Il peut être créateur mais également consommateur. Si les droits de propriété intellectuelle prennent en compte plus largement l'intérêt du public et l'intérêt général dans certains cas, la liberté de création envisage la possibilité de créer. Ce n'est qu'*a posteriori* que la liberté de création bénéficie à la société. Les intérêts des créateurs et ceux des futurs créateurs semblent donc

³⁰⁸ Ch. NOZARDAN, *op. cit.* p. 474

³⁰⁹ Ch. NOZARDAN, *op. cit.*, p. 475

³¹⁰ Ch. GEIGER, J. GRIFFITHS, R. HILTY, « Déclaration en vue d'une interprétation du « test des trois étapes » respectant les équilibres du droit d'auteur », *propriétés intellectuelles*, octobre 2008, n° 29, p. 399 (400)

³¹¹ M. HIANCE, « La propriété industrielle, un outil de développement économique », in *La propriété intellectuelle en question(s)*, Litec, 2006, p. 9-10 ; P. GAUDRAT et M. VIVANT, « Marchandisation », in *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz 2004, p. 41 : « le droit d'auteur s'efforce, en effet, depuis trois siècles d'élaborer un équilibre tout à fait spécifique entre intérêts du créateur, intérêts de l'exploitant et intérêts du public ». A propos du droit d'auteur, Ch. GEIGER, « De la nature juridique des limites au droit d'auteur. Une analyse comparatiste à la lumière des droits fondamentaux », *Propriétés intellectuelle*, octobre 2004, n° 13, p. 882 et suiv., spéc. p. 883 : « depuis son origine, le droit d'auteur synthétise les prétentions des différents acteurs du processus de création et de réception des œuvres que sont l'auteur, le public et l'exploitant ».



opposés. Ils sont cependant indissociables (A). Il est également apparu que les droits des investisseurs devaient être encadrés (B). Enfin, la conciliation des intérêts est favorable à l'intérêt général (C).

A) Les intérêts des créateurs et des futurs créateurs

62. Les intérêts des futurs créateurs. La liberté de création bénéficie aux créateurs, notamment dans le choix de leur création, en particulier dans le domaine de la création artistique. La liberté de création suppose également que les créateurs puissent utiliser le plus largement possible les créations préexistantes.

63. Une liberté efficace car les créateurs bénéficient de droits sur leurs créations. Cette liberté implique également que le créateur puisse percevoir les fruits de son travail, ainsi que de l'exploitation économique de sa création³¹². Cette liberté, comme objectif est d'ailleurs garantie par la propriété dans l'esprit des révolutionnaires³¹³. A l'origine, les droits de propriété intellectuelle ont été créés pour permettre aux créateurs une certaine liberté, et de vivre de leurs créations. Les intérêts des créateurs s'ils sont affirmés par la liberté de création, sont garantis par l'adoption de droits de propriété intellectuelle. Certains ont soutenus qu'il y avait création avant l'existence de la propriété intellectuelle³¹⁴, c'est-à-dire qu'il a toujours eu création, avec ou sans protection. Cette affirmation semble réductrice. En effet, le fait que les restrictions à la liberté de création, l'absence d'incitation, n'ait pas condamné la création, ne signifie pas que ces droits ne sont pas nécessaires.

64. Le rôle des droits de propriété intellectuelle. Dans certains domaines ces droits ne bénéficient pas aux créateurs. L'appropriation de leur création par les créateurs n'est cependant pas automatique, et les créations industrielles sont le fait, la plupart du temps,

³¹² M. VIVANT, *Les créations immatérielles et le droit*, Paris, Ellipses, 1997, p. 11. Voir également V.-L. BENABOU, « Puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA* n° 192, avril 2002, p. 3 et suiv., spéc. p. 57 : « si l'on peut, théoriquement, admettre que la rétribution pécuniaire à raison de l'exploitation de l'œuvre n'a pas de raison d'être lorsque le droit d'auteur a déjà « touché » quelque chose à raison de sa création, force est de constater l'inanité du résultat lorsque la création n'est pas « sponsorisée ». Le raisonnement conduit donc nécessairement à ériger le mécénat, public ou privé, en clé de voûte de ce système nouveau (...). Seules quelques personnes argentées et l'Etat tiendraient les rênes de la création et décideraient arbitrairement qui est « autorisé » à réaliser et à diffuser une production intellectuelle. La règle serait profondément injuste ».

³¹³ Ch. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, Paris, 2004, p. 23, n° 24

³¹⁴ Voir introduction du chapitre 1, A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., Paris, 2012, n° 32, p.41 : « les auteurs ne l'ont [le droit d'auteur] pas attendu pour créer ».



de « *salariés d'entreprises ou de centres de recherche* »³¹⁵. De plus, lorsque les inventions sont réalisées par un salarié ayant une mission inventive, elles appartiennent à l'employeur³¹⁶. Ces créations demandent des investissements importants. De ce fait l'équilibre se trouve plus entre l'accès aux créations préexistantes et la possibilité de créer de nouvelles inventions, entre le public et ceux qui détiennent les droits. La dimension économique prime. On est « *en présence d'une exploitation ou entreprise au sens économique du mot* »³¹⁷. La protection des intérêts des créateurs n'est donc pas la seule chose qui permette la création. Dès lors, doivent être prise en compte par les droits de propriété intellectuelle « *l'intervention de ces personnes qui assument les risques de l'entreprise, et qui prendront le contact avec le public : ce seront des industriels qui mettront en œuvre les inventions ou les créations d'art industriel* »³¹⁸. L'équilibre se fait donc entre ceux qui investissent pour « *innover, renouveler les appareils et les produits* »³¹⁹ et le public, futurs créateurs.

65. La limitation des droits des créateurs, nécessaire à la liberté des futurs créateurs. Il semble cependant que la protection des intérêts des créateurs ne doit pas être absolue, et donc que la liberté de création, pour être effective, ne peut être envisagée du seul point de vue du créateur.

En particulier en droit d'auteur, une partie de la doctrine estime qu'il doit y avoir une protection accrue des créateurs par rapport aux autres acteurs de la propriété intellectuelle. Le droit moral de l'auteur revêt une importance particulière. Le droit d'auteur, dans sa dimension personnaliste, fait primer les intérêts de l'auteur. La balance des intérêts n'a donc pas lieu d'être pour certains³²⁰. Les intérêts autres que ceux de l'auteur protégé seraient alors inférieurs aux droits subjectifs de l'auteur.

Cependant, restreindre excessivement la protection des intérêts des autres créateurs, peut conduire à restreindre excessivement la liberté de création. Ainsi, « *la parodie ou le droit du public à l'information, dans une certaine mesure, comme dans le droit de courte citation* »

³¹⁵ A. PEZARD et P. REY, « La rémunération de l'innovation : comment concilier équité, efficience et proportionnalité ? », *Revue Lamy de la concurrence* 04/2007, n°11, p. 199 et suiv. : près de 90 % des inventions seraient concernées.

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ P. ROUBIER, « Unité et synthèse des droits de propriété industrielle », in *Etudes sur la propriété industrielle, littéraire et artistique, mélanges Marcel Plaisant*, Sirey, 1960, p. 162

³¹⁸ *Ibid.*

³¹⁹ J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de propriété industrielle*, précis Dalloz, 7^e édition, 2012, n° 187

³²⁰ J.-Ch. GALLOUX, « Exceptions et limitations au droit d'auteur : exception française ou paradoxe français ? », in Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R. HILTY, *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, éd. Litec, 2007, p. 331 : elle est même suspecte.



sont des exceptions qui sont des tempéraments au fait que, normalement, les exceptions au droit d'auteur ne sont pas d'ordre public³²¹.

A priori, il semble que la parodie, comme la courte citation, exceptions issues de la liberté de création, prévalent, sauf abus, sur le droit d'auteur. La balance des intérêts a donc ici bien lieu d'être appliquée, même si elle l'est au détriment des intérêts de l'auteur, vis-à-vis duquel il s'agit d'une atteinte à son droit privatif et moral.

L'importance de la liberté de création est évidente si on l'envisage du point de vue de futurs créateurs qui s'inspirent de créations préexistantes. Ainsi, les concurrents des détenteurs de brevets peuvent accéder à « *l'information technologique* » dont le support primordial est le « *droit de brevet* »³²². Le brevet est alors garant de la liberté de création des utilisateurs de ces inventions, dans la mesure où il constitue un instrument « *de promotion de l'innovation et de développement technologique* »³²³. Les utilisateurs des créations préexistantes ont également intérêt à ce que la protection par les droits de propriété intellectuelle ne soit pas trop étendue. La préservation du domaine public est, à ce titre, primordiale pour la liberté de création. Le recours à celle-ci peut même être rendu nécessaire lorsque les droits privatifs permettent une restriction excessive du domaine public. L'accès aux œuvres préexistantes doit être possible, notamment après la mort de l'auteur³²⁴.

La durée de protection doit être limitée, et son allongement constitue un frein à la liberté de création des nouveaux créateurs. Ainsi aujourd'hui encore la durée de protection est toujours une question qui suscite des craintes³²⁵.

Un autre acteur de la création doit être pris en compte, il s'agit de l'investisseur. Une majorité de créations en dépend. Il est susceptible à la fois de permettre la création, mais aussi de limiter la liberté de création, dans la mesure où il recherchera un retour sur investissement, et donc essaiera souvent de plaire à un public, et orientera, voire refusera certaines créations dès lors que celles-ci nécessitent des fonds importants. La liberté de création ne peut donc fonctionner sans prendre en compte ces intérêts (B).

³²¹ *Ibid.*

³²² J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de propriété industrielle*, précis Dalloz, 7^e édition, 2012, n° 190

³²³ *Ibid.*

³²⁴ P. HENAFF, « Le droit moral de l'auteur décédé : une menace pour la liberté d'expression et la création artistique », *Petites affiches*, 22 juillet 1999, n° 145, p.13

³²⁵ A propos de l'augmentation de la durée des droits voisins, au détriment du domaine public : Ch. GEIGER, J. PASSA, M. VIVANT, « La proposition de directive sur l'extension de la durée de certains droits voisins : une remise en cause injustifiée du domaine public », *propriétés intellectuelles*, avril 2009, n° 31, p. 146 et suiv.



B) Les intérêts des investisseurs, de l'industrie

66. Le rôle de l'investisseur dans la création. L'équilibre des intérêts en présence comprend également les investisseurs³²⁶. La liberté de création se traduit en propriété intellectuelle, par la protection de leurs intérêts. En effet, le rôle de l'exploitant est central, « dans la mesure où en amont, il assure souvent le financement de la création et en aval, il organise souvent lui-même ou en collaboration avec un distributeur la distribution des œuvres au public »³²⁷. Ces intérêts sont pris en compte et pour certains, les entreprises sont perçues à l'heure actuelle comme les réelles bénéficiaires³²⁸ des droits de propriété intellectuelle.

Cette prise en compte des intérêts des investisseurs est importante³²⁹, par rapport à la liberté de création, qu'il s'agisse de la création purement industrielle ou encore de la création artistique. Leur importance est reconnue dans le domaine de la création industrielle.

En droit d'auteur, cela permet la diffusion, et donc la rémunération et les financements dans des domaines où ils sont indispensables, sans perdre de vue que ces dispositions ne doivent pas freiner excessivement la création³³⁰. On fait référence à la notion de « biens culturels »³³¹. Ces biens sont le produit d'une industrie, dont le poids économique est important dans les pays développés³³². Le reproche qui a été fait est de favoriser une « *conception industrielle et marchande du droit d'auteur et à abattre les frontières culturelles au nom du libre-échange* »³³³, qui correspondrait à la logique anglo-saxonne³³⁴. L'investisseur a un rôle dans la création, il répond néanmoins à une logique économique.

67. Les critiques et appréciations. La prise en compte des intérêts des investisseurs a été critiquée, dans la mesure où pour certains les droits d'auteur favoriseraient désormais les

³²⁶ D'une manière générale, la propriété intellectuelle protège les créateurs : J. CALAIS-AULOY, « Rapport de synthèse », *RLDA*, 2004, n° 77, Le consommateur au pays des propriétés immatérielles, supplément, étude n° 4875, p. 88

³²⁷ Ch. CEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, Paris, 2004, n° 49, note 1.

³²⁸ Ch. GEIGER, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *Dalloz*, 2010, p. 510

³²⁹ E. DREYER, *Le dépôt légal essai sur une garantie nécessaire au droit du public à l'information*, L.G.D.J., 2003, n° 498, note 161 et 162

³³⁰ Voir par exemple le rôle que joue la CNC (centre national du cinéma et de l'image animée)

³³¹ Ch. CEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, Paris, 2004, n° 29

³³² B. EDELMAN, « Le crépuscule du droit d'auteur », in *La personne en danger*, Presses universitaires de France, 1999, p. 227 (232), également paru in *Le messager européen*, n° 8, 1994, p. 371

³³³ *Ibid.*

³³⁴ B. EDELMAN, *op. cit.* p. 233 : l'auteur à ce sujet oppose la logique anglo-saxonne à la logique de droit moral, telle qu'elle existe en France et en Allemagne.



investisseurs et non les auteurs³³⁵. Cette protection des investisseurs est d'autant plus mal perçue, que les exploitants des droits d'auteur sont venus, dès le départ, brouiller les pistes en prétextant agir soit pour le compte de l'auteur, soit pour celui du public pour défendre ses propres intérêts³³⁶. De plus, d'autres ont craint qu'une telle protection enlève toute obligation pour les investisseurs de « *respecter l'exploitation définie par l'auteur* ».

L'absence de droits de l'investisseur était justifiée par le fait que les investisseurs tiraient leur droit exclusif de l'auteur³³⁷. Il s'ensuit une dénaturation radicale du système³³⁸.

Ce qui a surtout suscité des critiques, c'est la protection des investisseurs par les droits *sui generis* sur les bases de données, ou les titulaires de droits d'auteur sur les œuvres collectives. En effet, dans ces hypothèses, « *l'investissement efface ou tend à effacer la création. La création est négligée, oubliée* »³³⁹.

Pourtant, il existe de nombreux cas où la création ne pourrait exister sans investissements³⁴⁰. Les coûts nécessaires à la création et à la diffusion ont fortement augmenté avec le « *développement de l'industrialisation du marché des « biens culturels* » »³⁴¹.

Prendre en compte les intérêts de l'industrie résulterait du rôle que celle-ci joue dans la création et ne constituerait donc pas une négation de la valeur de la création³⁴². Pour M. VIVANT, il n'y a « *pas la moindre contradiction (...) à permettre à celui qui a fait l'investissement (...) d'obtenir la rétribution naturelle de celui-ci et à lui attribuer pour cela*

³³⁵ Ch. CEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, Paris, 2004, n° 29, A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOESSER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., 2012, n° 38 p. 50-51 : c'est même l'expression « *droit d'auteur qui devient trompeuse* ». Le vrai pouvoir est désormais celui de l'exploitant.

³³⁶ Ch. CEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, Paris, 2004, n° 43

³³⁷ Ph. GAUDRAT, M. VIVANT, « Marchandisation », in M. VIVANT (dir.) *Propriété intellectuelle et mondialisation, la propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz, 2004, p. 31 et suiv., spéc. p. 39, n° 11

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ Ph. GAUDRAT, M. VIVANT, « Marchandisation », in M. VIVANT (dir.) *Propriété intellectuelle et mondialisation, la propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz, 2004, p. 31 et suiv., spéc. p. 44-45, n° 20

³⁴⁰ M. VIVANT, « Pour une épure de la propriété intellectuelle », in *Propriétés intellectuelles. Mélanges en l'honneur de André FRACON*, Dalloz 2005, p. 415 et s., spéc. p. 421, n° 11

³⁴¹ Ch. CEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, Paris, 2004, n° 28, p. 34

³⁴² M. VIVANT, « Pour une épure de la propriété intellectuelle », in *Propriétés intellectuelles. Mélanges en l'honneur de André FRACON*, Dalloz 2005, p. 415 et s., spéc. p. 422, n° 12



la propriété sur la création faite, du moins si cette voie paraît offrir la meilleure « gestion » juridique de la création »³⁴³.

Si le rôle des investisseurs est nécessaire pour préserver la liberté de création, un équilibre entre les différents intérêts est primordial. Or cet équilibre est sans cesse remis en cause au fur et à mesure des nouvelles créations, de la marchandisation.

La conciliation des intérêts au sein de la propriété intellectuelle concerne également le public, elle est favorable à l'intérêt général (C). Cet intérêt général est cependant secondaire lorsque l'on s'intéresse à la liberté de création, qui protège la création. Il semblerait que celle-ci doive être comprise comme étant favorable dans son ensemble à l'intérêt général.

C) Les répercussions de la conciliation des intérêts sur l'intérêt général

68. Les effets de la liberté de création sur l'intérêt général et le public en particulier. D'une manière générale, l'intérêt de la société est de bénéficier des créations, qui participent au progrès et à son enrichissement³⁴⁴. La liberté de création, en encourageant la création, va dans le sens de l'intérêt général, et a alors des « *conséquences sur le plan social* »³⁴⁵. La défense des créateurs lui est bénéfique, car les créations « *modèlent l'environnement intellectuel et formel, dont ils enrichissent la civilisation* »³⁴⁶. Ainsi, la liberté de création, comme la propriété intellectuelle, en garantissant la création, prend en compte « *l'intérêt de la communauté toute entière* »³⁴⁷. L'équilibre recherché par le droit d'auteur depuis trois siècles est celui qui doit exister entre les intérêts du créateur, ceux de l'exploitant et ceux du public³⁴⁸. Il semble que ce soit l'origine de la protection par le brevet. Un droit profitable à tous, qui oblige l'inventeur à décrire son invention, « *afin de favoriser d'autres recherches* »³⁴⁹. L'obligation d'exploiter, elle, est favorable au public, dans la mesure où la

³⁴³ *Ibid.*

³⁴⁴ A propos des œuvres de l'esprit : Ch. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, Paris, 2004, p. 57, n° 46

³⁴⁵ B. BERGMANS, *La protection des inventions biologiques – Une étude de droit comparé*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 369

³⁴⁶ Ph. GAUDRAT, « Les démêlés intemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur », *RIDA* n° 190, octobre 2001, p. 215

³⁴⁷ Ch. NOZARDAN, « Brevet et intérêt général », in B. REMICHE (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général, actes du colloque de Louvain-la Neuve*, Larcier, Bruxelles, 2007, p. 445 et suiv., spéc. p. 449-450 : Deux visions s'affrontent alors : certains y voient « *la coexistence d'intérêts individuels* », d'autres, une « *transcendance* » de ceux-ci pour former une « *société publique* ».

³⁴⁸ Ph. GAUDRAT, M. VIVANT, « Marchandisation », in M. VIVANT (dir.) *Propriété intellectuelle et mondialisation, la propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz, 2004, p. 31 et suiv., spéc. p. 41, n°

16

³⁴⁹ F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, 2010, p. 94, n° 142



création doit bénéficier à tous. De même, en droit des marques³⁵⁰ ou en droit d'auteur, l'intérêt du consommateur « *ne doit pas être négligé* »³⁵¹.

Si l'intérêt général est pris en compte par les droits de propriété intellectuelle, l'équilibre, tel qu'il est appréhendé par la liberté de création, ne prend en compte cet intérêt que de manière secondaire, et dans la mesure où l'on peut considérer que la liberté de création est favorable à tous.

69. Le public. La création est destinée à un public. Cette notion même de « public » est remise en cause en droit d'auteur. En effet, pour la doctrine, l'évolution à laquelle on assiste depuis le développement de la technologie, conduit ce public à devenir « *un consommateur de « produit culturel* » »³⁵².

Le consommateur peut se retrouver également en propriété industrielle. Celui-ci ne se confond pas cependant avec l'utilisateur, le public, qui peut également comprendre des professionnels. Ils ont un bénéfice à tirer de la liberté de création, à plus long terme. La protection de la création permet d'encourager la liberté de création car celle-ci « *est réputée tirer les investissements vers le haut et augmenter ainsi la quantité et la qualité de l'offre* »³⁵³.

70. L'importance de l'intérêt général en droit des brevets. L'intérêt général est ce qui fonde la légitimation du droit des brevets³⁵⁴. En effet, le point de départ consistait en un équilibre entre la protection du titulaire et la collectivité³⁵⁵. L'intérêt général était particulièrement mis en avant, puisqu'il a été affirmé que ce qui justifiait le droit du créateur dans l'ordre industriel était de « *pourvoir au plus généreux rayonnement de l'homme* »³⁵⁶. La prise en compte de l'intérêt général permet de conférer une contrepartie à l'exclusivité.

³⁵⁰ Voir les finalités du droit des marques, l'identification de l'origine du produit est favorable également au consommateur.

³⁵¹ Ch. CARON, « Le consommateur en droit d'auteur », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 245 s. spéc. p. 257, n° 13 ; et Revue Lamy Droit des affaires, 2004, n° 77, supplément, p. 37 s.

³⁵² B. EDELMAN, « Le crépuscule du droit d'auteur », in *La personne en danger*, Presses universitaires de France, 1999, p. 227 (228), également paru in *Le messager européen*, n° 8, 1994, p. 371. De même pour Ch. CARON : le public est devenu consommateur : Ch. CARON, *op. cit.* p. 257, n° 13 ; et Revue Lamy Droit des affaires, 2004, n° 77, supplément, p. 37 s.

³⁵³ V.-L. BENABOU, « Le consommateur dans le droit des dessins et modèles », *RLDA*, 2004, n°77, Le consommateur au pays des propriétés immatérielles, supplément, étude n° 4868, p. 18

³⁵⁴ Ch. NOZARDAN, *op. cit.* p. 454

³⁵⁵ Le droit des brevets prend en compte à la fois l'intérêt de l'innovateur et l'intérêt général : R. KOVAR, « Respecter les règles de la concurrence : les déviations en matière de brevets à la croisée des droits de propriété intellectuelle et de la concurrence », in *Colloque de l'IRPI, Approches stratégiques de la propriété industrielle*, LexisNexis, 2011, p. 99

³⁵⁶ M. PLAISANT, *Traité de droit conventionnel international concernant la propriété industrielle*, Paris, Sirey, 1949, p. 4 cité par Ch. NOZARDAN, *op. cit.* p. 454



Pourtant, certains contestent ce rôle de la propriété intellectuelle. Il n'aurait pas comme but de prendre en compte les intérêts de la collectivité.

L'étendue du brevet est néanmoins limitée, dans la mesure où l'intérêt général veut que le brevet ne conduise pas « à un blocage du marché »³⁵⁷. Les intérêts de la collectivité sont donc bien pris en compte, au-delà même des restrictions par la liberté de création, puisque dans l'intérêt général, le droit des brevets comporte des limites aux droits des brevetés comme celles résultant de la défense nationale³⁵⁸. Ces dernières limitations au droit de brevet ne sont pas le résultat de la liberté de création. En revanche, les exceptions prévues à des fins de recherche scientifique sont une manifestation de la liberté de création.

71. La liberté de création, indirectement favorable au public. Les intérêts du public sont également pris en compte par le droit à la culture. Celui-ci est à la fois le droit à la diversité culturelle et le droit d'accès à la culture³⁵⁹. Il semble au moins partiellement correspondre à la liberté de création. La diversité culturelle n'est possible que si la création est libre et protégée. Ainsi, au nom de la diversité culturelle, « *la France connaît une forte tradition d'intervention de la puissance publique dans les industries culturelles* »³⁶⁰. La promotion de la diversité culturelle est favorable aux auteurs et aux producteurs, « *piliers de l'industrie culturelle* » et a des « *retombées positives pour les auteurs et les consommateurs* »³⁶¹.

72. La liberté de création nécessite que ces différents intérêts soient pris en compte. L'équilibre entre eux résulte des droits de propriété intellectuelle. La balance des intérêts a évolué au cours des siècles (§ 2).

³⁵⁷ J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de propriété industrielle*, précis Dalloz, 7^e édition, 2012, n° 512

³⁵⁸ J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *op. cit.*, n° 513

³⁵⁹ F. SIIRIAINEN, « Le droit à la culture et l'accès aux œuvres de l'esprit. Réflexions sur la « fonction » du droit d'auteur dans le cadre de sa « fondamentalisation » », in *Droit économique et droit de l'homme*, Larcier, 2009, p. 439 et suiv., spéc. p. 441

³⁶⁰ N. MALLET-POUJOL, « Le droit de la communication », *RLDA*, 2004, n° 77, Le consommateur au pays des propriétés immatérielles, supplément, étude n° 4874, p. 71

³⁶¹ *Ibid.*



§ 2 : L'évolution de l'équilibre entre les différents intérêts en présence

73. L'équilibre des intérêts, non spécifique aux droits de propriété intellectuelle. Cette idée d'équilibre est la vocation du droit³⁶². En droit communautaire, c'est un principe de proportionnalité qui « *vise à aménager des intérêts en conflit* »³⁶³. La proportionnalité a deux applications³⁶⁴ : celle de l'usage mesuré du droit existant et celle de l'équilibre du « *système instaurant ou préservant le droit dont il est fait usage* »³⁶⁵. Pour préserver la création, il s'agit de concilier les intérêts des créateurs et du public, et également des investisseurs, c'est « *la balance des intérêts en présence* »³⁶⁶. Cette balance des intérêts, à laquelle il est fait référence, est l'équilibre recherché entre les intérêts du public et ceux des auteurs, et des titulaires de droits voisins³⁶⁷, entre protection par un droit de propriété intellectuelle et liberté³⁶⁸. Elle consiste « *plus rigoureusement dans la mesure des avantages et des inconvénients qu'il y a à consacrer ou à maintenir un droit d'auteur compte tenu de l'intérêt général lequel ne se compose pas uniquement des intérêts des utilisateurs* »³⁶⁹. Ces intérêts, même s'ils convergent vers un même but, peuvent être défavorables à l'un ou à l'autre. Il est alors nécessaire de faire « *triompher* »³⁷⁰ « *l'intérêt le plus légitime* »³⁷¹. Cet équilibre est recherché au sein de la propriété intellectuelle. Cependant ce principe ne sert que dans la mesure où les objectifs assignés au système en faveur duquel on l'applique sont revus et affinés sans cesse³⁷². Le rôle du juge est également important dans la recherche de cet équilibre. Car c'est également son rôle de concilier ces intérêts³⁷³. Pourtant, on peut aujourd'hui se demander si celui-ci est réel. Pour certains, il serait remis en cause par les investisseurs³⁷⁴ (A). Il semblerait que les intérêts

³⁶² Ch. NOZARDAN, « Brevet et intérêt général », in B. REMICHE (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général, actes du colloque de Louvain-la Neuve*, Larcier, Bruxelles, 2007, p. 445 et suiv., spéc. p. 466

³⁶³ Ch. NOZARDAN, *op. cit.*, p. 468

³⁶⁴ Ch. NOZARDAN, *op. cit.*, p. 470

³⁶⁵ *Ibid.*

³⁶⁶ J. RAVANAS, « Liberté d'expression et protection des droits de la personnalité », *Dalloz*, 2000, p. 459, n° 16 cite GENY, *Des droits sur les lettres missives*, Sirey, 1991, t. 1, p. 198

³⁶⁷ Ch. ALLEAUME, « La mise en balance du droit d'auteur », *Revue internationale de droit comparé*, 2-2010, p. 423 et suiv., n° 4

³⁶⁸ Ch. ALLEAUME, *op. cit.*, n° 7

³⁶⁹ Ch. ALLEAUME, *op. cit.*, n° 6

³⁷⁰ J. RAVANAS, *op. cit.* n° 17

³⁷¹ Par exemple, Cass. 1^{re} civ., 9 juillet 2003, comm. J. RAVANAS, « Liberté de l'information et droit de chacun au respect de sa vie privée : la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime est à privilégier », *JCP G* 10 n° 37, 10 Septembre 2003, II 10139

³⁷² Ch. NOZARDAN, « Brevet et intérêt général », in B. REMICHE (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général, actes du colloque de Louvain-la Neuve*, Larcier, Bruxelles, 2007, p. 445 et suiv., spéc. p. 471

³⁷³ J. RAVANAS, « Liberté d'expression et protection des droits de la personnalité », *Dalloz*, 2000, p. 459, n° 18 : il s'agit en l'occurrence du conflit entre droit du public à l'information et l'atteinte à la vie privée : « *la finalité de la publication ne doit pas être « disproportionnée » à la lésion d'un intérêt personnel* ».

³⁷⁴ P. GAUDRAT et M. VIVANT, « Marchandisation », in *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz 2004, p. 41



économiques soient actuellement prédominants (B). Pourtant, le maintien de l'équilibre est une « voie à suivre »³⁷⁵.

A) Evolution de la balance des intérêts favorable aux investisseurs ?

74. La balance des intérêts a varié au cours des trois derniers siècles³⁷⁶. Elle a été différente en droit d'auteur et droits voisins (1) et en propriété industrielle (2).

1. Droit d'auteur et droits voisins

75. La protection des investisseurs. L'apparition d'une protection en matière de création remonte à l'invention de l'imprimerie. Les premiers à avoir vu leurs intérêts protégés sont les imprimeurs³⁷⁷, leur permettant ainsi de « *maintenir au profit du corps de la librairie la fabrication et la vente exclusive des livres, en protégeant cette industrie et ce commerce contre l'invasion des personnes qui y étaient étrangères, mais aussi de garantir les membres même de ce corps contre leurs propres confrères* »³⁷⁸. Il s'agissait de leur garantir un retour sur investissements³⁷⁹.

76. La protection du public. Puis, les idées des lumières vont être reprises dans les décrets révolutionnaires, pour lesquels les intérêts du public sont une préoccupation principale³⁸⁰, en particulier ce qui touche la diffusion du savoir, l'avancement de l'instruction publique³⁸¹. le domaine public est alors le principe, et le droit d'auteur l'exception³⁸². Les auteurs seraient protégés parce que leur reconnaître des droits « *seraient favorable au bien public* »³⁸³. Certains sont défavorables à une telle protection, qui serait néfaste au progrès du

³⁷⁵ Ch. NOZARDAN, *op. cit.* p. 473

³⁷⁶ Pour une description poussée de l'évolution historique de l'équilibre des intérêts en droit d'auteur français : Ch. CEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, Paris, 2004, n° 55 à 74

³⁷⁷ Pour une description plus détaillée : RENOARD, *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Jules Renouard et compagnie, libraires, Paris, 1838, volume 1 ; E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, LGDJ, 8^e éd. 1908 ; Ch. CEIGER, *op. cit.*, n° 55-57.

³⁷⁸ RENOARD, *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Jules Renouard et compagnie, libraires, Paris, 1838, volume 1, p. 106

³⁷⁹ E. DREYER, *Le dépôt légal essai sur une garantie nécessaire au droit du public à l'information*, L.G.D.J., 2003, n° 498

³⁸⁰ Ch. CEIGER, *op. cit.* n° 58 ; J. GINSBURG, « Histoire de deux droits d'auteurs : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaires », *RIDA* n°47, janvier 1991, p. 124 et suiv., spéc. p. 154

³⁸¹ Ch. CEIGER, *op. cit.* n° 59 : Il cite J. GINSBURG, « Histoire de deux droits d'auteurs : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaires », *RIDA* n°47, janvier 1991, p. 124 et suiv.

³⁸² J. GINSBURG, *op. cit.* p. 158

³⁸³ J. GINSBURG, *op. cit.*, p. 162



savoir³⁸⁴. Il a cependant été constaté que la suppression des privilèges n'a pas entraîné l'essor de la production des créations intellectuelles³⁸⁵. De plus, les partisans des droits d'auteur qui faisaient entendre leur voix étaient les éditeurs et non pas les auteurs, évoquant des « *intérêts personnels d'une corporation à une époque d'anti-corporatisme croissant* »³⁸⁶.

77. Il est cependant apparu qu'il était nécessaire de rétablir un « système d'encouragement et de sécurité économique »³⁸⁷. Plusieurs auteurs soulignent que lors des débats visant à allonger la durée des droits au XIX^e siècle, ce sont les intérêts du public, voir du commerce³⁸⁸ qui sont mis en avant. Les intérêts de l'auteur vont être affirmés par la reconnaissance d'un droit moral. Celui-ci a été introduit par A. MORILLOT³⁸⁹ pour la doctrine. Le droit moral « *est exclusivement destiné à sauvegarder sa personne... Cette union est si intime, que c'est à nos yeux une question que celle de savoir si l'auteur pourrait s'en dépouiller, même par un acte de sa libre volonté, et qu'en tous cas, sans cet acte exprès, qui d'ailleurs se comprendrait mal, il le retiendrait à coup sûr, malgré la cession qu'il aurait faite de son droit exclusif de reproduction* »³⁹⁰. En 1838 RENOUARD affirmait que l'équilibre devait être trouvé entre les auteurs et le public³⁹¹. Par la suite, cette affirmation du droit moral des auteurs a été perçue comme étant un droit personnaliste. Mais le renforcement des prérogatives de l'auteur a pour origine les abus de la supériorité économique des éditeurs face aux auteurs³⁹².

78. La protection des auteurs. La prééminence des intérêts de l'auteur va être affirmée par la loi du 11 mars 1957³⁹³. En effet, le droit d'auteur conserve une approche

³⁸⁴ J. GINSBURG, *op. cit.*, p. 172 : la protection sur les livres concentrait le savoir en un nombre restreint de mains, ce que dénonçait Condorcet.

³⁸⁵ J. GINSBURG, *op. cit.* 172

³⁸⁶ J. GINSBURG, « Histoire de deux droits d'auteurs : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaires », *RIDA* n° 47, janvier 1991, p. 124 et suiv., spéc. p. 170 : l'auteur fait référence plus particulièrement à la « communauté des libraires et imprimeurs de Paris ».

³⁸⁷ J. GINSBURG, *op. cit.* p. 174

³⁸⁸ Ch. CEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, Paris, 2004, n°63

³⁸⁹ A. MORILLOT, *De la protection accordée aux œuvres d'art, aux photographies, aux dessins et modèles industriels et aux brevets d'invention dans l'Empire d'Allemagne*, Cotillon et Cie, éditeurs, Paris, 1878, p. 108 et suiv.

³⁹⁰ A. MORILLOT, *op. cit.*, p. 111

³⁹¹ RENOUARD, *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Jules Renouard et compagnie, libraires, Paris, 1838, volume 1, p. 437 : « une loi sur cette matière ne saurait être bonne qu'à la double condition de ne sacrifier ni le droit des auteurs à celui du public, ni le droit du public à celui des auteurs ».

³⁹² Ch. CEIGER, *op. cit.* n° 66

³⁹³ Ph. GAUDRAT, « Les démêlés intemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur », *RIDA* n° 190, octobre 2001, p. 149 ; Ch. CEIGER, *op. cit.*, n° 67



personnaliste et donc centrée sur la personne de l'auteur, ce qui tendrait à faire pencher la protection en faveur de l'auteur³⁹⁴, au détriment des autres intérêts en présence.

Si l'on veut préserver la liberté de création, les intérêts des créateurs et des futurs créateurs doivent être garantis³⁹⁵. Or, pour A. BENSAMOUN, l'évolution du droit d'auteur conduirait à une « *surréservation* »³⁹⁶. Pour elle, les exceptions sont « *malmenées* », en particulier par le *triple test*, qui constituerait « *un filtre supplémentaire et commun à toutes les exceptions* »³⁹⁷. S'y ajouterait « *le mouvement de contractualisation des exceptions, l'interdiction de contourner les mesures techniques de protection – et donc la protection juridique de la protection technique, imposée par nos engagements internationaux – ou encore l'extension progressive de la rémunération pour copie privée à l'ensemble des œuvres et des supports numériques* »³⁹⁸. On aboutirait donc à « *un sentiment de surréservation, voire de protection abusive* »³⁹⁹.

La balance des intérêts n'a pas lieu qu'entre eux. La création dépend également d'un autre acteur, l'investisseur. En effet, celui-ci finance le créateur, qui dépend alors de l'investisseur⁴⁰⁰. Ainsi, il en a été déduit que c'est l'investisseur qui est protégé et non plus le créateur⁴⁰¹.

79. La protection des investisseurs. La protection des investisseurs remonte pour certains à 1957. Ce basculement au profit des investisseurs aurait pour origine, l'œuvre collective, « *faillie de la loi de 1957* »⁴⁰², qui aurait son origine dans l'époque révolutionnaire⁴⁰³. En effet, les dispositions relatives à l'œuvre collective accordent « à

³⁹⁴ J.-Ch. GALLOUX, « Exceptions et limitations au droit d'auteur : exception française ou paradoxe français ? », in Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R. HILTY, *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, éd. Litec, 2007, p. 331 : pour lequel du fait de l'approche personnaliste du droit d'auteur, ce dernier voit ses intérêts primer.

³⁹⁵ Cela passe par un « *développement culturel et social* » ainsi que la garantie aux créateurs du « *fruit de leur travail* » : Ch. GEIGER, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », *RIDE*, 2006, p. 400

³⁹⁶ A. BENSAMOUN, « Portrait d'un droit d'auteur en crise », *RIDA*, n° 224, avril 2010, p. 3 et suiv., spéc. p. 9

³⁹⁷ *Ibid.*

³⁹⁸ *Ibid.*

³⁹⁹ *Ibid.*

⁴⁰⁰ Ch. GEIGER, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », *RIDE*, 2006, p. 402

⁴⁰¹ *Ibid.*

⁴⁰² Ph. GAUDRAT et M. VIVANT, « Marchandisation », in *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz 2004, p. 42

⁴⁰³ Ph. GAUDRAT, « Les démêlés intemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur », *RIDA* n° 190, octobre 2001, p. 171



l'investisseur un pur droit d'auteur sur la création même »⁴⁰⁴. Au fur et à mesure, la dévolution des droits à l'investisseur a été étendue par les juges, jusqu'à en faire « *le droit commun de la création plurale financée par autrui, sauf exception légale* »⁴⁰⁵.

Puis, le déséquilibre a été accentué par la loi de 1985, le droit d'auteur étant alors perçu comme « *outil de politique culturelle et économique* »⁴⁰⁶. Cependant certains auteurs critiquent la prise en compte des intérêts des investisseurs, ce qui conduirait le droit d'auteur à faire prévaloir les préoccupations économiques sur la création⁴⁰⁷.

Cette prise en compte de l'intérêt économique a plusieurs sources. Ces intérêts économiques tendent à devenir dominants, dans la mesure où les droits de propriété intellectuelle sont étendus en raison de l'émergence de nouvelles valeurs immatérielles⁴⁰⁸. La propriété intellectuelle serait « *grignotée de l'intérieur - et l'on songe aux banques de données*⁴⁰⁹ - et de l'extérieur » par « *l'offensive* » menée à cause « *d'impératifs économiques* »⁴¹⁰. En raison de la culture de masse et la « *dépersonnalisation des œuvres* » qui l'accompagne, les intérêts des différents acteurs ne seraient plus équilibrés. Des droits ont été octroyés aux exploitants, du fait du pouvoir économique que représente « *l'explosion des industries culturelles* »⁴¹¹. Le

⁴⁰⁴ Ph. GAUDRAT et M. VIVANT, « Marchandisation », in *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz 2004, p. 42 ; Article L. 113-5 : « *L'œuvre collective est, sauf preuve contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée. Cette personne est investie des droits de l'auteur* ». Rappelé récemment par Cass. 1^{re} civ. 22 mars 2012, n° 11-10.132, com. M. TREZEGUET, *RLDI* mai 2012, n° 82, p. 17, n° 2737

⁴⁰⁵ Ph. GAUDRAT, « Les démêlés intemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur », *RIDA* n° 190, octobre 2001, p. 201

⁴⁰⁶ Ch. CEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, Paris, 2004, n° 71

⁴⁰⁷ B. EDELMAN, « Le crépuscule du droit d'auteur », in *La personne en danger*, Presses universitaires de France, 1999, p. 227 (233), également paru in *Le messager européen*, n° 8, 1994, p. 371

⁴⁰⁸ Ch. GEIGER, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *Dalloz*, 2010, p. 510

⁴⁰⁹ Qui a été qualifié de « droit voisin sur l'investissement » : P. GAUDRAT et M. VIVANT, « Marchandisation », in *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz 2004, p. 42 ; E. DREYER, *Le dépôt légal essai sur une garantie nécessaire au droit du public à l'information*, L.G.D.J., 2003, n°498 : les intérêts des investisseurs sont ainsi pris en compte par l'octroi du monopole d'exploitation au titre des obtentions végétales et de la typologie des semi-conducteurs, des droits sui generis sur les bases de données, les créations réservées, la diffusion de spectacles et événements sportifs.

⁴¹⁰ B. EDELMAN, « Du mauvais usage des droits de l'homme (à propos du jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 23 février 1999) », *Dalloz*, 2000, p. 455, n° 1

⁴¹¹ Ch. CEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, Paris, 2004, n° 49



rôle considérable qu'elles exercent dans la création⁴¹² a conduit à un droit d'auteur tourné vers les investisseurs⁴¹³.

Ces modifications se sont accompagnées d'un changement de perception du droit d'auteur et de la création par le public. Elles ont suscité des critiques. Ces critiques de la protection portent sur l'étendue des droits à de nouveaux objets⁴¹⁴, la protection de l'investissement⁴¹⁵, ainsi que sur l'étendue de la protection elle-même⁴¹⁶. L'intérêt du public tendrait dès lors à être inclus au sein des droits de propriété intellectuelle.

L'équilibre penche en faveur des investisseurs en droit d'auteur, l'évolution qu'a connue la propriété industrielle est également favorable aux investisseurs.

2. En propriété industrielle

80. La protection de l'entrepreneur, comme moyen d'encourager le progrès technique. L'encouragement du progrès technique est ancien. Il a commencé en France au XVI^e siècle, par l'octroi de privilèges limités dans le temps⁴¹⁷, et la publication de ces inventions « *afin de les rendre publiques à l'expiration du monopole* »⁴¹⁸. L'apport de techniques étrangères pouvait également être protégé par des privilèges. Ce qui importait c'était promouvoir la nouveauté pour développer une industrie nouvelle et la protéger⁴¹⁹. De plus, « *dans une certaine mesure, les privilèges protègent les inventeurs des règlements des*

⁴¹² B. REMICHE, « propriété intellectuelle : intérêts d'entreprise et intérêt général », in *Mélanges en l'honneur de C. CHAMPAUD, Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle*, Dalloz, Paris, 1997, p. 526

⁴¹³ Ch. CEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, Paris, 2004, n° 48

⁴¹⁴ M. VIVANT, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *RIDE* 2006/4, t. XX, 4, p. 361 et suiv., spéc. p. 362 ; Ch. DE HAAS, « L'imprévisible droit d'auteur », *propriétés intellectuelles*, avril 2012, n° 43 p. 216 et suiv., spéc. p. 224 : « *on ne sait plus ce qui est original et donc protégé mais le monopole procuré par cette insaisissable originalité n'en est pas moins invocable (non sans difficulté) par quantité de plaideurs qui ne le méritent pas* ». L'auteur estime de plus (p. 217) que le droit d'auteur peut « *porter sur tout et n'importe quoi* » en raison du défaut de définition de l'objet même de la protection. Voir *infra* n° 90 et suiv.

⁴¹⁵ M. BUYDENS, « Remèdes à la privatisation de l'information par la propriété industrielle : le domaine technique », *RIDE*, 2006/4, t. XX, 4, p. 433 et suiv., p. 444 : le droit de propriété intellectuelle « *de système censé protéger les prestations de nature créative, tend à devenir un système de protection de l'investissement* ». A. BERTRAND, « Histoire, évolution et nature du droit d'auteur », *Dalloz action*, droit d'auteur, chapitre 101, n°55 : « *dans de nombreux domaines, « l'auteur/créateur » cède la place à « l'auteur/producteur »* ».

⁴¹⁶ Voir R. STALLMAN, « Le droit de lire », in O. BLONDEAU, F. LATRIVE, *Libres enfants du savoir numérique, anthologie du « libre »*, éd. de l'éclat, 2000, p. 23 et suiv. : R. STALLMAN, à l'origine du « libre » qu'il défend, dresse un portrait « *cauchemardesque* » d'un monde où les droits de propriété intellectuelle seraient devenus démesurés et un frein à l'accès à la reconnaissance des créateurs. Il s'agit d'une vision excessive, mais elle montre l'idée de droits de propriété intellectuelle que se fait une partie du public, face à l'augmentation de la protection. Le droit d'auteur, en particulier, « *serait devenu (...) un frein à la diffusion de la connaissance et de la création* » : V.-L. BENABOU, « puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA*, avril 2002, n° 192, p. 5.

⁴¹⁷ Il pouvait y avoir des privilèges illimités.

⁴¹⁸ A. BELTRAN, S. CHAUVEAU, G. GALVEZ-BEHAR, *Des brevets et des marques. Une histoire de la propriété industrielle*, éd. Fayard, 2001, p. 23

⁴¹⁹ A. BELTRAN, S. CHAUVEAU, G. GALVEZ-BEHAR, *op. cit.*, p. 157



corporations qui bloqueraient toute innovation »⁴²⁰. Dès le XVII^e siècle, Colbert a élaboré les « *premiers outils de la propriété industrielle* »⁴²¹ afin d'encourager le progrès technique. L'innovation montre alors la puissance de la monarchie. La création était au centre de la préoccupation de ce dernier. Le privilège était un moyen de promotion de la nouveauté⁴²². Il permettait à l'entrepreneur de bénéficier des meilleures conditions possibles pour la fabrication et la commercialisation de ses créations⁴²³.

81. De la valorisation du créateur à la création issue d'un travail d'équipe. A la fin du XVIII^e siècle, il s'agissait de faire une synthèse entre la liberté individuelle, autrement dit les besoins des inventeurs/entrepreneurs et les « *besoins de la nation* »⁴²⁴. Le créateur était valorisé. Cette idée de conciliation entre les intérêts du public et ceux de l'inventeur a été affirmée notamment par RENOUARD⁴²⁵. Au XIX^e siècle, le progrès industriel était favorisé par la mise en place de structures de recherche et d'enseignement⁴²⁶, par des initiatives principalement d'ordre privé⁴²⁷. A cette même époque, « *c'est avec l'apparition progressive de la production de masse et la complexité croissante du processus de production que s'accroît le caractère collectif de l'invention* »⁴²⁸. La recherche industrielle s'est considérablement développée au XX^e siècle, et « *devient l'un des objectifs prioritaires des entreprises* »⁴²⁹. La majorité des inventions résulte d'une équipe⁴³⁰ au sein d'une entreprise à laquelle l'entrepreneur a dicté ses consignes et fait des propositions tout au long du processus d'invention⁴³¹. Aujourd'hui, l'équilibre doit être entre l'entreprise et l'inventeur, notamment par le biais d'une rémunération supplémentaire ou d'un juste prix⁴³². Il existe cependant toujours des inventeurs qui ne travaillent pas dans une entreprise. Mais, l'inventeur, personne

⁴²⁰ A. BELTRAN, S. CHAUVEAU, G. GALVEZ-BEHAR, *op. cit.*, p. 25

⁴²¹ A. BELTRAN, S. CHAUVEAU, G. GALVEZ-BEHAR, *op. cit.*, p. 157

⁴²² *Ibid.*

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ A. BELTRAN, S. CHAUVEAU, G. GALVEZ-BEHAR, *Des brevets et des marques. Une histoire de la propriété industrielle*, éd. Fayard, 2001, p. 29

⁴²⁵ RENOUARD, *Traité des brevets d'invention*, Guillaumin, libraire, Paris, 1844

⁴²⁶ A. BELTRAN, S. CHAUVEAU, G. GALVEZ-BEHAR, *Des brevets et des marques. Une histoire de la propriété industrielle*, éd. Fayard, 2001, p. 117

⁴²⁷ A. BELTRAN, S. CHAUVEAU, G. GALVEZ-BEHAR, *op.cit.* p. 117-118

⁴²⁸ A. BELTRAN, S. CHAUVEAU, G. GALVEZ-BEHAR, *op.cit.* p. 145

⁴²⁹ *Ibid.*

⁴³⁰ Ce sont des inventions collectives.

⁴³¹ A. BELTRAN, S. CHAUVEAU, G. GALVEZ-BEHAR, *Des brevets et des marques. Une histoire de la propriété industrielle*, éd. Fayard, 2001, p. 147. Voir également F. POLLAUD-DULIAN, « Propriétés intellectuelles et travail salarié », *RTD com* 2000, chron. p. 273 : 80 à 90 % des inventions seraient le fait d'inventeurs salariés.

⁴³² A. BELTRAN, S. CHAUVEAU, G. GALVEZ-BEHAR, *op. cit.* p. 152



physique, est désormais rare, la création étant le résultat du travail d'une équipe⁴³³. D'une manière générale, étant donné l'importance de l'entreprise, et donc de l'investisseur dans le domaine industriel, ses intérêts semblent prévaloir. L'intérêt général est censé être satisfait par la mise sur le marché du produit protégé⁴³⁴. Les intérêts des inventeurs sont néanmoins préservés⁴³⁵.

La logique n'est cependant plus la même. L'objectif principal de la propriété intellectuelle serait passé de « *la protection du créateur (artiste, inventeur...) à celle de l'utilisateur, plus précisément l'entreprise qui exploite la création intellectuelle* »⁴³⁶. Les intérêts économiques seraient prédominants (B).

B) Prédominance actuelle des intérêts économiques

82. Rééquilibrage par les juges. L'équilibre entre les droits des créateurs et la création future, favorable à la liberté de création, doit être recherché par le législateur⁴³⁷. Actuellement si le juge a un rôle si important, ce n'est pas uniquement pour rechercher si tel droit fondamental est supérieur à tel autre, mais parce que dans certains cas, il est nécessaire qu'il se livre à une « *mesure des intérêts en présence confrontés in concreto* »⁴³⁸. Le rôle du juge est accru par le fait que les différents acteurs de la propriété intellectuelle ne sont pas toujours explicitement mentionnés⁴³⁹. Il doit donc appliquer les droits privatifs en tenant compte de l'équilibre que sous-tendent ces droits. La question de la nécessité d'une mesure des intérêts a

⁴³³ A. BELTRAN, S. CHAUVÉAU, G. GALVEZ-BEHAR, *op. cit.* p. 149-150 ; F. POLLAUD-DULIAN, « Propriétés intellectuelles et travail salarié », *RTD com* 2000, chron., p. 273

⁴³⁴ B. REMICHE, « propriété intellectuelle : intérêts d'entreprise et intérêt général », in *Mélanges en l'honneur de C. CHAMPAUD, Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle*, Dalloz, Paris, 1997, p. 530

⁴³⁵ Concernant la création salariée : Ch. CARON, « La création salariée sous les feux de l'actualité », *comm. comm. électr.* n° 6, juin 2010, repère 6 : La proposition de loi n°2288 du 5 février 2010 prévoit une refonte de l'article L. 611-7 CPI, notamment en instaurant une rémunération proportionnelle comme principe.

⁴³⁶ B. REMICHE, « propriété intellectuelle : intérêts d'entreprise et intérêt général », in *Mélanges en l'honneur de C. CHAMPAUD, Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle*, Dalloz, Paris, 1997, p. 526 ; voir également P. GAUDRAT, La mondialisation : quel risque pour le droit d'auteur communautaire ? ; Journées d'études du 17 octobre 2001, le droit d'auteur et la mondialisation, non publié, cité par V.-L. BENABOU, « Puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA*, avril 2002, n° 192, p. 3 (5) : « *l'effacement est porteur d'enjeux considérables car la propriété intellectuelle, sous couvert d'une logorrhée inattaquable mettant fallacieusement en avant les intérêts inaliénables du créateur, devient l'outil universel d'un néo-colonialisme appliqué aux richesses immatérielles* ».

⁴³⁷ Au niveau international : « *Cette recherche d'équilibre est un objectif général des réglementations internationales de propriété intellectuelle, comme l'indique l'article 7 de l'accord ADPIC* » : Ch. GEIGER, J. GRIFFITHS, R. HILTY, « Déclaration en vue d'une interprétation du « test des trois étapes » respectant les équilibres du droit d'auteur », *propriétés intellectuelles*, octobre 2008, n°29, p. 399 (400)

⁴³⁸ M. VIVANT, « Analyse critique et prospective. Un point de vue français », in *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, IRPI, p. 87

⁴³⁹ A propos du test des trois étapes en matière de droit d'auteur : les tiers ne sont pas explicitement mentionnés : Ch. GEIGER, J. GRIFFITHS, R. HILTY, *op. cit.* p. 400



été soulevée par rapport à un conflit entre droit à l'information du public et droit d'auteur. La liberté de création ne permet cependant pas d'éluder le droit d'auteur au profit de l'intérêt général. Il semble qu'elle ne peut être remplacée par un droit à rémunération.

83. Les intérêts économiques priment dans des domaines où l'investissement est important, non limité au domaine industriel. En matière de brevet, la prédominance des intérêts de l'entreprise résulte du système des brevets lui-même. En effet, le système du brevet ne fonctionne que si les innovations peuvent trouver un marché⁴⁴⁰. C'est un système plus favorable aux entreprises, dans la mesure où les risques - et donc les investissements - seront plus facilement pris à long terme par une entreprise plutôt que par un inventeur isolé⁴⁴¹. Cependant, dans une logique de « *compétitivité mondiale* » et d'« *internationalisation des technologies aisément reproductibles* »⁴⁴², celles-ci ont un intérêt à la protection accrue et mondialisée de leurs créations. L'actuelle prise en compte des intérêts des investisseurs semble résulter de l'importance actuelle des intérêts économiques que protège la propriété intellectuelle. Pour E. Dreyer cependant, cette dimension économique ne doit pas nécessairement choquer, dans la mesure où il s'agit d'une « *prise de conscience de la véritable nature du droit patrimonial de l'auteur* »⁴⁴³.

84. L'influence des avancées technologiques. Cette notion de marché est aujourd'hui prépondérante, également pour les œuvres de l'esprit⁴⁴⁴. La place grandissante de l'économique dans ce domaine semble remettre en cause l'équilibre entre les différents intérêts⁴⁴⁵. En particulier en raison de « *la pratique du droit d'auteur par les industries culturelles* »⁴⁴⁶. Le changement de paradigme⁴⁴⁷, la « *mutation* »⁴⁴⁸, dans ce domaine, serait

⁴⁴⁰ B. REMICHE, *op. cit.* p. 526

⁴⁴¹ *Ibid.*

⁴⁴² B. REMICHE, *op. cit.* p. 525

⁴⁴³ E. DREYER, *Le dépôt légal essai sur une garantie nécessaire au droit du public à l'information*, L.G.D.J., 2003, n°499

⁴⁴⁴ « *Le marché pénètre l'essence même des œuvres de l'esprit, de telle sorte que, valeurs non marchandes par excellence, elles se mercantilisent* » : B. EDELMAN, « Valeurs non marchandes et ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, éd. Frison-Roche, Paris, 2003, p. 356, n°8

⁴⁴⁵ Remis en cause par la loi pour Ph. GAUDRAT : Ph. GAUDRAT, « Les démêlés intemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur », *RIDA* n°190, octobre 2001, p. 79 : il ajoute que « *si l'on s'abstrait tant soit peu de la conjoncture et du mirage de la toute fascinante technologie (...) une seule et même problématique est à l'œuvre : celle du rapport du créateur à l'exploitant via l'investissement* ».

⁴⁴⁶ F. SIIRIAINEN, « Le droit d'accès à la culture et l'accès aux œuvres de l'esprit. Réflexions sur la « fonction » du droit d'auteur dans le cadre de sa « fondamentalisation » », in *Droit économique et droits de l'homme*, Larcier, Bruxelles, 2009, p.439, n°33 (p. 449)

⁴⁴⁷ A. DIETZ, « Mutation du droit d'auteur : changement de paradigme en matière de droit d'auteur ? », *RIDA*, n°138, octobre 1988, p. 23 ; Ch. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, Paris, 2004, p. 267, n° 307 ; F. SIIRIAINEN, « Propriété intellectuelle et concurrence. Problématique de la convergence », in *La propriété intellectuelle entre autres droits*, sous la dir. de J.-M. BRUGUIERE, Dalloz, 2009, p. 36



dû à « une logique d'industrialisation et de marché »⁴⁴⁹. Ainsi, le marché serait devenu « la référence » de la propriété intellectuelle⁴⁵⁰ pour certains auteurs, et la propriété intellectuelle serait devenu un droit « du marché »⁴⁵¹.

Cela a entraîné une rupture de l'équilibre entre les différents intérêts, car la protection est prépondérante par rapport à la diffusion⁴⁵². La matière se serait « privatisée »⁴⁵³.

Cette prédominance des intérêts économique semble être défavorable à la liberté de création. Ainsi, dans le domaine de l'audiovisuel, le déséquilibre tend à conduire à la standardisation des œuvres. Celle-ci s'explique par le fait que la loi du 30 septembre 1986⁴⁵⁴ a instauré des quotas de production et de diffusion d'œuvres d'expression originale française. Les chaînes ont donc financé la création d'œuvres audiovisuelles⁴⁵⁵. Afin d'attirer un large public, ce qui leur permettait d'« augmenter le tarif des espaces publicitaires »⁴⁵⁶ les chaînes ont « privilégié les œuvres susceptibles de rencontrer le plus grand succès en fonction des goûts présumés du public »⁴⁵⁷. Cette « normalisation » s'étend aux œuvres cinématographiques, que les chaînes coproduisent. Pour l'auteur, on aboutit alors à un « nivellement par le bas de l'originalité des œuvres »⁴⁵⁸. De plus, les œuvres ainsi produites sont de plus en plus des

⁴⁴⁸ Ch. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, Paris, 2004, p. 267, n° 307

⁴⁴⁹ A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., Paris, 2006, n°34 (dans la nouvelle édition de l'ouvrage, les auteurs n'y font plus référence, la perception de la propriété intellectuelle, ainsi que la crise de la légitimité de l'auteur et l'environnement numérique seraient désormais à l'origine de la mutation de la matière : A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., 2012, n° 36 à 40) ; A. DIETZ, « Mutation du droit d'auteur : changement de paradigme en matière de droit d'auteur ? », *RIDA*, n°138, octobre 1988, p. 23

⁴⁵⁰ P. GAUDRAT et M. VIVANT, « Marchandisation », in *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz 2004, p. 32, n°1

⁴⁵¹ J.-M. BRUGUIERE, « Propos introductifs » in *La propriété intellectuelle entre autres droits*, sous la dir. de J.-M. BRUGUIERE, Dalloz, 2009, p. 8

⁴⁵² Ch. NOZARDAN, « Brevet et intérêt général », in B. REMICHE (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général, actes du colloque de Louvain-la Neuve*, Larcier, Bruxelles, 2007, p. 445 et suiv., spéc. p. 476

⁴⁵³ Ch. GEIGER, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », *RIDE*, 2006, p. 400

⁴⁵⁴ Articles 27-2° et 70-2° de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard)

⁴⁵⁵ C. BERNAULT, *La propriété littéraire et artistique appliquée à l'audiovisuel*, LGDJ, Paris, 2003, p. 94-95, n°262

⁴⁵⁶ *Ibid.* Cela permet donc aux diffuseurs de tirer profit du film, « la réussite d'un film de télévision ne profite pas aux entreprises qui l'ont produit, fabriqué, mais au seul diffuseur, via les recettes publicitaires qu'il engendre » : P. BERTRAND-JAUME, Le triple enjeu de la production audiovisuelle française, revue politique et parlementaire, mai-juin 1998, n°994, p. 51, cité par B. BEIGNIER, B. DE LAMY, E. DREYER (dir.), *Traité de droit de la presse et des médias*, Litec, 2009, n°109, p. 36

⁴⁵⁷ C. BERNAULT, *op. cit.* p. 94-95, n°262

⁴⁵⁸ *Ibid.*



œuvres de commande. Les auteurs sont donc contraints de limiter leur liberté créatrice pour respecter de véritables « *cahiers des charges* »⁴⁵⁹.

85. Un changement de logique des droits de propriété intellectuelle ? Pour Ph. GAUDRAT et M. VIVANT, « *la maîtrise du droit est déjà acquise aux investisseurs* »⁴⁶⁰. Ph. GAUDRAT estime que la directive du 22 mai 2001 qui promeut « *la diffusion du savoir et de la culture par la protection des œuvres et autres objets protégés, tout en prévoyant des exceptions ou limitations dans l'intérêt du public à des fins d'éducation et d'enseignement* »⁴⁶¹ est défavorable au créateur. Ainsi, lorsque la directive fait référence à la protection de la création, elle place les auteurs, interprètes, mais aussi les producteurs, les consommateurs, les entreprises sur un même pied d'égalité⁴⁶². L'intérêt que cherche à servir la directive serait donc celui des investisseurs et des diffuseurs⁴⁶³, ce qui est néfaste *in fine* pour la culture, et donc l'intérêt général⁴⁶⁴.

Ainsi, l'objectif du brevet passerait de l'encouragement au progrès, au renforcement de la compétitivité des entreprises⁴⁶⁵. De plus, les droits de propriété intellectuelle sont de plus en plus détournés⁴⁶⁶. En effet, le brevet, qui était censé permettre l'innovation devient aujourd'hui parfois un instrument « *de barrage dont la seule raison d'être est d'empêcher les tiers d'accéder à une certaine technologie* »⁴⁶⁷. La délivrance du brevet était conditionnée à l'apport d'une innovation à la collectivité et non pour permettre une réservation économique à

⁴⁵⁹ B. BEIGNIER, B. DE LAMY, E. DREYER (dir.), *Traité de droit de la presse et des médias*, Litec, 2009, n°109, p. 36

⁴⁶⁰ Ph. GAUDRAT, M. VIVANT, « Marchandisation », in M. VIVANT (dir.) *Propriété intellectuelle et mondialisation, la propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz, 2004, p. 31 et suiv., spéc. p. 33, n° 4

⁴⁶¹ Considérant 14 de la Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information

⁴⁶² Considérant 9 : « *Leur protection [des droits d'auteur et droits voisins] contribue au maintien et au développement de la créativité dans l'intérêt des auteurs, des interprètes ou exécutants, des producteurs, des consommateurs, de la culture, des entreprises et du public en général* ». Voir : Ph. GAUDRAT, « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la « société de l'information » », *RTD com*, 2003, p. 503 et suiv., n°54

⁴⁶³ Ph. GAUDRAT, « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la « société de l'information » », *RTD com*, 2003, p. 503 et suiv., n° 55

⁴⁶⁴ *Ibid.*

⁴⁶⁵ B. REMICHE, « Propriété intellectuelle : intérêts d'entreprise et intérêt général », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du 20^e siècle – Mélanges en l'honneur de Claude CHAMPAUD*, Paris, Dalloz, 1997, p. 530 ; B. REMICHE, « L'ordre concurrentiel et l'accord ADPIC », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, éd. Frison-Roche, Paris, 2003, p. 318 : il qualifie le brevet d' « arme concurrentielle ».

⁴⁶⁶ Le terme de « déviance » a été utilisé : R. KOVAR, « Respecter les règles de la concurrence : les déviations en matière de brevets à la croisée des droits de propriété intellectuelle et de la concurrence », in *Colloque de l'IRPI, Approches stratégiques de la propriété industrielle*, LexisNexis, 2011, p. 99

⁴⁶⁷ B. REMICHE, « Marchandisation et brevet », in *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz 2004, p. 125



l'investisseur. Or cette finalité est niée, dans l'application qu'en font certaines entreprises, utilisant les brevets comme de simples stratégies de blocages⁴⁶⁸. L'exemple des *patent trolls*⁴⁶⁹ nie également la finalité de la propriété intellectuelle. L'équilibre de la propriété intellectuelle, tant dans son élaboration que dans son application ne devrait pas remettre en cause le principe de la liberté de création. La fonction même de la propriété intellectuelle est modifiée par certains. Mais ne risque-t-on pas de faire basculer l'équilibre en faveur des intérêts particuliers au détriment de l'intérêt général ?⁴⁷⁰ En effet, plusieurs facteurs pourraient le laisser penser : les « *renforcements successifs des droits des titulaires ainsi que l'élargissement du champ d'application du brevet et son internationalisation* »⁴⁷¹. Plus précisément, c'est surtout la protection de l'investissement qui est critiquée, en ce qu'elle remettrait en cause l'idée de plus-value sociale qui était inhérente à la plus-value créative⁴⁷².

86. La liberté restaurée par d'autres droits que les droits de propriété intellectuelle ? Les biens intellectuels sont soumis au droit de la concurrence, qui a une fonction de régulation dans l'intérêt général. Ainsi, afin de pallier le déséquilibre créé par le détournement du droit de propriété intellectuelle, les autorités de la concurrence ont appliqué le droit de la concurrence⁴⁷³. La propriété intellectuelle a de plus en plus une fonction avant tout économique, « *concurrentielle* »⁴⁷⁴. Si la prise en compte accrue de l'intérêt général semble être positive, il semble néanmoins nécessaire de préserver la spécificité de la création. Quelle que soit la nature de la création, son aspect commercial destiné à un grand nombre de personnes et donc sa plus grande soumission aux mécanismes du marché et de sa régulation⁴⁷⁵, la liberté de création doit être garantie par les droits de propriété intellectuelle, qui ne sont pas uniquement des outils concurrentiels. Pourtant, pour la Commission, la

⁴⁶⁸ R. KOVAR, « Respecter les règles de la concurrence : les déviances en matière de brevets à la croisée des droits de propriété intellectuelle et de la concurrence », in *Colloque de l'IRPI, Approches stratégiques de la propriété industrielle*, LexisNexis, 2011, p. 99, spéc. P. 102-103 : l'auteur parle d'embuscade de brevet, maquis de brevet, brevet de blocage, brevet dormant.

⁴⁶⁹ Ch. LE STANC, « Les malfaisants lutins de la forêt des brevets : à propos des patent trolls », *Propriété industrielle*, n°2, février 2008, étude 3 ; Les patents trolls ne sont pas un phénomène de marge, ils sont à l'origine de 62 % des procès portant sur un brevet aux Etats-Unis en 2012 : S. ROZENFELD, « Actualité », *Expertises* n°376, janvier 2013 p. 3 et suiv., spéc. p. 4

⁴⁷⁰ B. REMICHE, « L'ordre concurrentiel et l'accord ADPIC », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, éd. Frison-Roche, Paris, 2003, p. 320

⁴⁷¹ Ch. NOZARDAN, « Brevet et intérêt général », in B. REMICHE (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général, actes du colloque de Louvain-la Neuve*, Larcier, Bruxelles, 2007, p. 445 et suiv., spéc. p. 455

⁴⁷² Ch. GEIGER, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *Dalloz*, 2010, p. 510

⁴⁷³ F. SIIRIAINEN, « Propriété intellectuelle et concurrence. Problématique de la convergence », in *La propriété intellectuelle entre autres droits*, sous la dir. de J.-M. BRUGUIERE, Dalloz, 2009, p. 35

⁴⁷⁴ F. SIIRIAINEN, *op. cit.*, p. 36

⁴⁷⁵ J.-Ch. GALLOUX, « Exceptions et limitations au droit d'auteur : exception française ou paradoxe français ? », in Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R. HILTY, *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, éd. Litec, 2007, p. 332



propriété intellectuelle et le droit de la concurrence « *partagent le même objectif fondamental, à savoir la promotion de l'intérêt du consommateur et l'affectation efficace des ressources* »⁴⁷⁶.

On peut se demander si le recours au droit de la concurrence, est favorable à la liberté de création. Si l'on considère que les droits de propriété intellectuelle contiennent ce principe, et donc préservent l'équilibre entre les différents intérêts en présence, le recours à d'autres droits semble superflu. Pourtant il s'est avéré nécessaire lorsque les droits de propriété intellectuelle étaient détournés.

En droit des brevets, l'équilibre est nécessaire entre les différents intérêts pour permettre « *un optimum économique et social permettant de soutenir l'innovation et la création* »⁴⁷⁷. La promotion de l'innovation ne doit pas être écartée au profit de l'intérêt général, un système trop protecteur étant un frein à l'innovation des concurrents⁴⁷⁸. Le droit de la concurrence doit être perçu, dans une certaine mesure, comme un correcteur à une mauvaise application de ces droits. Intégrer la liberté de création, comme principe, devrait permettre de ne pas abuser des droits privatifs. Cette liberté est un palliatif aux éventuelles lacunes de la propriété intellectuelle.

87. Faut-il recourir à une règle d'interprétation générale pour concilier les intérêts des acteurs de la création ? Les différents intérêts ne doivent cependant pas être perçus comme opposés. M. VIVANT préconise de « *raisonner en termes de finalités pour concilier non point des contraires mais simplement des valeurs diverses* »⁴⁷⁹.

La mise en balance des intérêts, de manière générale est également une solution au détournement des droits. Par exemple, pour J.-Ch. GALLOUX, il faut faire « *primer la règle d'interprétation générale fondée sur le « test en trois étapes » et d'une manière générale, par la mise en balance des intérêts des usagers ou des tiers* »⁴⁸⁰ plutôt que les « *petites* » exceptions. A ce propos tous ne sont pas d'accord. En effet, pour certains, le test en trois

⁴⁷⁶ Notice de la Commission, orientations en vue de l'application de l'article 81 du Traité CE aux accords de transferts de technologie, JOUE 27 avr. 2004, n° C 101, pt. 7, cité par E. TREPPOZ, « Aux confins du droit de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle : l'affaire Microsoft », *Revue Lamy de la Concurrence*, octobre 2008, n°17, Perspectives

⁴⁷⁷ A. PEZARD et P. REY, « La rémunération de l'innovation : comment concilier équité, efficience et proportionnalité ? », *Revue Lamy de la concurrence* 04/2007, n°11, p. 199

⁴⁷⁸ *Ibid.*

⁴⁷⁹ M. VIVANT, « Analyse critique et prospective. Un point de vue français », in *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, IRPI, p. 99

⁴⁸⁰ J.-Ch. GALLOUX, « Exceptions et limitations au droit d'auteur : exception française ou paradoxe français ? », in Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R. HILTY, *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, éd. Litec, 2007, p. 334



étapes « *pourrait ruiner la philosophie de tout un système* »⁴⁸¹ puisque les juges pourraient réévaluer l'équilibre entre créateurs et futurs créateurs⁴⁸². Ils auraient alors la possibilité de décider de faire prévaloir le droit de l'auteur sur la liberté de création, ou à l'inverse, étendre les conditions d'application des exceptions. Pour l'auteur, il ne doit pas être recherché d'équilibre, mais un déséquilibre, qui est nécessaire, faisant prévaloir les droits de l'auteur. Au détriment de ceux du public⁴⁸³. Si on a pu redouter qu'il pourrait encore être à l'origine de « nouvelles exceptions » qui ne seraient pas écartées « *dès lors qu'aucune atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et qu'aucun préjudice injustifié envers l'auteur ne seraient constatés* »⁴⁸⁴, cela n'est pas possible puisque les exceptions doivent être nommées par la loi⁴⁸⁵. Pour l'auteur, « *l'instrument devrait plutôt servir de guide dans le sens d'une conception plus évolutive des critères légaux* »⁴⁸⁶. Mais alors était-ce nécessaire ?

La liberté de création pourrait être un cadre interne et externe à la propriété intellectuelle. La question de l'encadrement par une liberté se pose d'autant plus que la construction actuelle du « *mécanisme des exceptions ... n'est manifestement plus satisfaisante* »⁴⁸⁷. Il ne faut cependant pas oublier que toutes les exceptions ne résultent pas uniquement de la liberté de création. S'il semble qu'elle permette de conserver une certaine cohérence, des exceptions récentes ne relèvent pas de la liberté de création⁴⁸⁸. Certaines sont la manifestation de la place grandissante du public au sein des droits de propriété intellectuelle, remettant en cause l'idée même que l'appropriation est favorable à la création.

88. La recherche d'un équilibre au sein des droits privatifs remis en cause par l'émergence du public ? La place occupée par le public bouleverse d'avantage encore la perception des droits de propriété intellectuelle. Il semblerait qu'il soit à l'origine d'une modification de la perception des droits de propriété intellectuelle plus importante que les progrès techniques⁴⁸⁹. Il est cependant plus juste de considérer que ces progrès ont contribué à

⁴⁸¹ C. COLIN, « Devoir d'auteur », *RIDA* avril 2010, n°224, p. 161 et suiv., spéc. p. 185

⁴⁸² C. COLIN, *op. cit.* p. 187

⁴⁸³ C. COLIN, *op. cit.* p. 191

⁴⁸⁴ C. COLIN, *op. cit.* p. 191-193

⁴⁸⁵ Voir néanmoins la théorie de l'accessoire.

⁴⁸⁶ C. COLIN, *op. cit.* p. 195. Voir également Ch. GEIGER, Le test des trois étapes, un danger pour l'équilibre du droit d'auteur ? », *RLDI*, avril 2006, n°15, p. 49, spéc. p.53

⁴⁸⁷ J.-Ch. GALLOUX, *op. cit.* p. 333

⁴⁸⁸ Comme celle de l'article L. 331-4 CPI : « *Les droits mentionnés dans la première partie du présent code ne peuvent faire échec aux actes nécessaires à l'accomplissement d'une procédure parlementaire de contrôle, juridictionnelle ou administrative prévue par la loi, ou entrepris à des fins de sécurité publique* ».

⁴⁸⁹ A. STROWEL, « La loi Création et internet : de la confirmation d'un « droit d'accès » en droit d'auteur à l'analyse de la proportionnalité de la réponse graduée », in : *Contrefaçon sur internet. Les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.0, colloque de l'IRPI, Litec, 2009*, p. 99 et suiv.



au changement de perception du créateur par le public⁴⁹⁰, et à la remise en cause des droits de propriété intellectuelle. Ainsi, l'évolution a connu un tournant avec le Web 2.0 : la facilité avec laquelle on peut avoir accès à de la musique illégalement, à des films, à des jeux vidéo a modifié le rapport du public avec la création. Va-t-on vers une mutation du droit d'auteur en un « droit d'accès » ? Dès lors, ce n'est plus l'auteur et sa création qui est au centre des préoccupations, mais l'utilisateur, le public. La création devient un produit de consommation. Il faudrait donc repenser la propriété intellectuelle en raison de l'irruption des consommateurs⁴⁹¹ pour P.-Y. GAUTIER. Or les intérêts des consommateurs semblent désormais être pris en considération par la loi du 1^{er} août 2006, selon P. SIRINELLI⁴⁹². En effet, la loi de 2006 accentuerait la dépossession de l'auteur de ses attributs, c'est-à-dire de sa décision de « *la communication de l'œuvre au public* » et « *des modalités de cette dernière* »⁴⁹³. La « *fluidité de l'utilisation des prestations* » a été donc favorisée. C'est la philosophie même du droit d'auteur qui change.

La prise en compte des consommateurs a été critiquée, mais elle est indispensable pour certains auteurs, estimant que les prendre en compte dans de nouvelles exceptions « *peut avoir pour conséquence indirecte un renforcement des droits d'auteur (...) [dans la mesure où] le droit d'auteur sera peut-être mieux protégé à l'avenir contre les atteintes exogènes* »⁴⁹⁴.

Cependant cette prise en considération des consommateurs et de leurs intérêts pose problème. En effet, les droits des consommateurs seraient de « *consommer* » et « *d'avoir librement accès à la culture* »⁴⁹⁵. Il est dans l'intérêt immédiat des consommateurs qu'il n'y ait « *pas d'autorisation à demander aux auteurs ou à leurs représentants ni de rémunération à leur*

⁴⁹⁰ L. PFISTER, « Histoire du droit d'auteur », *JurisClasseur propriété littéraire et artistique*, fasc. 1110, n°92 : « *les nouvelles techniques de l'information et de la communication contribuent, pour certains, à l'effacement de la conception romantique de l'œuvre et de l'auteur qui avait présidé à l'édification du droit d'auteur. Elles font perdre à l'œuvre de l'esprit la fixité et la permanence qu'elle revêtait dans le monde physique, et viennent brouiller les frontières entre création et réception, auteur et public. (...) Les productions dans le cadre du libre et reposant sur des licences se forment par l'apport successif de multiples auteurs, sans réelle direction et concertation entre eux, et s'avèrent difficiles à appréhender au regard des catégories traditionnelles* ».

⁴⁹¹ P.-Y. GAUTIER, « Faut-il repenser la propriété intellectuelle ? », *RIPIA*, 3^e trimestre 2001, n°205, p. 87 et suiv. spéc. p. 87

⁴⁹² P. SIRINELLI, « De nouveaux modèles pour le droit d'auteur. Le point de vue du juriste », *Propriétés intellectuelles* n° 25, octobre 2007, p. 397 et suiv., spéc. p. 398

⁴⁹³ P. SIRINELLI, *op. cit.* p. 402

⁴⁹⁴ *Ibid.*

⁴⁹⁵ P.-Y. GAUTIER, « Faut-il repenser la propriété intellectuelle ? », *RIPIA*, 3^e trimestre 2001, n°205, p. 87 et suiv. spéc. p. 88



verser »⁴⁹⁶. Or les droits de propriété intellectuelle, afin de protéger les créateurs et de favoriser la création, font en sorte que les créateurs et leurs « *représentants* » puissent « *vivre du fruit de leur travail* »⁴⁹⁷, limitant donc l'accès du public aux créations. Dès lors, une protection basée sur le public constituerait une remise en cause de la logique des droits de propriété intellectuelle, comme protecteurs de la liberté de création. L'intégration des intérêts du public dans la balance des intérêts n'est donc pas favorable à la liberté de création.

Une certaine souplesse « *face à des évolutions technologiques et sociales* »⁴⁹⁸ est néanmoins souhaitable. L'idée selon laquelle, « *il faudrait sans doute combiner quelques exceptions classiques incontestables avec un principe général d'interprétation* »⁴⁹⁹ semble favorable à la liberté de création dont la finalité est de « *protéger les créateurs et encourager la création* »⁵⁰⁰.

89. Conclusion du chapitre. La liberté de création est une liberté autonome. Elle a par certains aspects, un rôle de principe pour les droits de propriété intellectuelle, dans la mesure où elle ressort de nombreuses dispositions du code de propriété intellectuelle. On peut considérer que la liberté de création a alors un rôle de cadre. Elle peut également être utilisée en tant que telle. Ainsi, lorsqu'elle est appliquée expressément par les juges, elle est rattachée à la liberté d'expression. La liberté de création est également un aspect de la liberté du commerce et de l'industrie, tout en ne pouvant être réduite à un simple aspect de cette dernière liberté. Les droits de propriété intellectuelle constituent alors l'exception à la liberté de création. La prise en compte de la liberté de création, telle qu'elle est incluse dans les droits de propriété intellectuelle permet de tenter de conserver un équilibre entre les intérêts

⁴⁹⁶ P.-Y. GAUTIER, *op.cit.* p. 89. Voir également les débats à propos de la « licence globale » : Dans ce sens on peut également faire référence à l'inquiétude de la SACEM face à la licence globale : celle-ci serait néfaste à la liberté de création *in fine*, puisque la rémunération ne pourra être calculée justement mais sur « *les seuls sondages sur lesquels on pourra s'appuyer reposant sur la radio, la télévision et les ventes de disques, il en résultera inévitablement que les artistes les plus médiatisés seront avantagés* ». Ce projet n'a pas été adopté : C. LEMESLE, L. PETITGIRARD, « A chaque créateur le fruit de son œuvre », <http://www.sacem.fr/cms/home/la-sacem/prises-de-parole-espace-presse/tribunes-presse/a-chaque-createur-le-fruit-de-son-oeuvre-tribune>, consulté le 27 septembre 2012

⁴⁹⁷ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.* p. 90. L'auteur ajoute qu'un créateur, s'il sait que ses créations ne seront pas protégées se donnera « moins de mal » et « dépensera moins d'argent » : p. 92

⁴⁹⁸ J.-Ch. GALLOUX, « Exceptions et limitations au droit d'auteur : exception française ou paradoxe français ? », in Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R. HILTY, *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, éd. Litec, 2007, p. 334

⁴⁹⁹ *Ibid.*

⁵⁰⁰ Ch. GEIGER, J. PASSA, M. VIVANT, « La proposition de directive sur l'extension de la durée de certains droits voisins : une remise en cause injustifiée du domaine public », *propriétés intellectuelles*, avril 2009, n°31, p. 146 et suiv., p. 149



des différents acteurs de la création, créateur, futur créateur et investisseur. Cet équilibre penche désormais en faveur des investisseurs. Les droits privatifs ne seraient alors plus bénéfiques à la liberté de création, à la fois parce que les droits sont détournés de leur finalité, mais aussi parce que la protection s'étend, au-delà même de son objet, la création. Cette remise en cause des droits est également due à l'immixtion du public, visant à favoriser l'accès à la création, plutôt que la protection de la liberté de création. Un équilibre garantissant la liberté de création est cependant indispensable.



CHAPITRE 2 : LA CREATION COMME OBJET DE PROTECTION PAR LA PROPRIETE INTELLECTUELLE

90. La garantie de la liberté des créateurs et futurs créateurs bénéficie au public.

Si le caractère sacré de la création⁵⁰¹ a été à l'origine du droit d'auteur et du droit des brevets, il semble que le public va être également pris en compte⁵⁰². En 1844, RENOUARD recommandait, notamment à propos du droit des brevets, une conciliation entre les droits des créateurs et ceux du public⁵⁰³. Ainsi, l'une des idées qui a présidé à la conception française⁵⁰⁴ du droit d'auteur est la « fonction sociale » que revêt celui-ci⁵⁰⁵. On considère en effet que ce droit permet, en garantissant la liberté de l'auteur, l'enrichissement de la collectivité toute entière « *par une création abondante et indépendante* »⁵⁰⁶.

91. La nécessité d'équilibrer la création faite et la création à venir existe dès l'origine de la protection, tant pour les inventions que les œuvres. S'il existe une différence entre la protection par le brevet et celle du droit d'auteur, due au lien particulier entre le créateur d'une œuvre de l'esprit et celle-ci, qui n'existe pas en propriété industrielle⁵⁰⁷, cet apport du droit d'auteur à la collectivité constitue également une préoccupation du droit de la propriété industrielle, son apparition étant une réponse à cette

⁵⁰¹ Le droit d'auteur et le droit des brevets sont considérés comme des droits naturels, ils ont été considérés comme sacrés par Le Chapelier pour le droit d'auteur, et Boufflers, en 1790 pour le droit des brevets. Voir M. VIVANT (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, éd. Ellipses, Paris, juillet 1997, p. 33 et p. 70

⁵⁰² A propos de la loi du 7 janvier 1791, voir A.-C. RENOUARD, *Traité des brevets d'invention*, Guillaumin Libraire, Paris, 1844, p. 105 et suiv.

⁵⁰³ A.-C. RENOUARD, *op. cit.* p. 9 : « *il ne faut sacrifier ni le droit des inventeurs à celui du public, ni le droit du public à celui des inventeurs ; et la sagesse de la loi consiste à concilier ces deux droits en les servant tous deux* ».

⁵⁰⁴ Il semble que l'intérêt du public a également été pris en compte, en particulier par le caractère temporaire du droit octroyé aux inventeurs dans d'autres pays, notamment la Grande-Bretagne, depuis 1623, la Belgique... : A.-C. RENOUARD, *op. cit.* p. 148 et suiv.

⁵⁰⁵ Au-delà du caractère sacré de l'œuvre et la nécessité de la rémunération ou de la récompense permettant d'encourager la création (VIVANT (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, éd. Ellipses, Paris, juillet 1997, p. 33), l'œuvre devait enrichir la collectivité (VIVANT (dir.), *op. cit.* p. 34). Sur la fonction sociale et donc la prise en compte des intérêts de la collectivité : Ch. GEIGER, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *Dalloz*, 2010, p. 510 et suiv.

⁵⁰⁶ Ch. GEIGER, « L'avenir du droit d'auteur en Europe. - Vers un juste équilibre entre protection et accès à l'information », *JCP G* n° 48, 23 Novembre 2009, Etude 493 n°5 ; Ch. GEIGER, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », *RIDE*, 2006, p. 401

⁵⁰⁷ P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, tome 1, partie générale, Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 52. Ce qui justifiait la protection de l'auteur était la prise en compte de la personnalité de celui-ci, pour déterminer si l'œuvre était originale ou non, ce critère étant absent de la protection par le brevet. Cependant, cette distinction est moins importante aujourd'hui, la catégorie des œuvres s'étend. Voir par exemple : M. VIVANT, « Pour une épure de la propriété intellectuelle », in *Propriétés intellectuelles. Mélanges en l'honneur de André FRACON*, Dalloz 2005, p. 415 et s., spéc. p. 416, n° 1.3



« même pensée »⁵⁰⁸. On connaît la difficile reconnaissance de la propriété intellectuelle⁵⁰⁹. Le législateur de 1791 a pris en compte « les intérêts de la société et de l'économie nationale »⁵¹⁰, la société retirant de l'invention son utilité⁵¹¹. Cette conception a permis d'équilibrer les intérêts de chacun : la rémunération du créateur est contrebalancée par son obligation d'exploiter, une limite dans le temps du brevet accordé, l'obligation de définir publiquement et suffisamment son invention⁵¹². Dans le cas des marques, les intérêts des consommateurs sont également défendus, le dépôt obligatoire de la marque milieu XIXe étant un « moyen de lutter contre la contrefaçon et de défendre le consommateur »⁵¹³.

92. La création à partir de créations préexistantes. C'est la recherche de cet équilibre, favorable à la liberté de création, que l'on retrouve à la base du droit d'auteur et de ses limites. Celui-ci se heurte en effet à des intérêts opposés ou concurrents qui méritent eux aussi protection par rapport à ceux des auteurs. C'est ainsi qu'il est possible, sans que cela ne soit condamnable, de s'inspirer des créations préexistantes, les idées n'étant pas appropriables, ou encore de les parodier par exemple. De même l'existence d'un domaine public, insusceptible d'appropriation conduit également à favoriser la création en limitant des prétentions excessives.

93. L'équilibre des intérêts ne limite pas la protection du créateur. Le fait de prendre en considération la création ne conduit pas à diminuer, voire à sous-évaluer l'importance des créateurs. « *L'accent mis sur l'intérêt collectif ne contredit en aucun cas une approche centrée sur la personnalité du créateur* »⁵¹⁴, tel qu'est conçu le droit d'auteur

⁵⁰⁸ P. ROUBIER, *op. cit.* p. 51, n°12 ; p. 2 : l'objectif du droit de la propriété industrielle étant de promouvoir le progrès technique ; H. GAUMONT-PRAT, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 2^e éd., 2009, p. 7, n°14

⁵⁰⁹ Sur l'évolution, RENOARD, *traité des droits d'auteur*, t. 1, Paris, 1838, E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, LGDJ, 8^e éd. 1908

⁵¹⁰ P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, tome 1, partie générale, Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 67, n°14

⁵¹¹ Sur la fonction sociale du brevet, voir notamment P. HENAFF, « Le droit moral de l'auteur décédé : menace pour la liberté d'expression et la création artistique », 1^{ère} partie LPA des 20 et 22 juillet 1999, n°143 p. 17, spéc. p. 20 : l'auteur compare ce qui existe en droit des brevets et en droit d'auteur ; le progrès technique a été protégé dès le XVIIIe siècle sous la monarchie absolue. A partir de la seconde moitié du XVIIIe siècle, l'invention devient une cause nationale dans un contexte de « *compétition industrielle avec la Grande-Bretagne* » : A. BELTRAN, S. CHAUVEAU, G. GALVEZ-BEHAR, *Des brevets et des marques. Une histoire de la propriété industrielle*, éd. Fayard, 2001, p. 113-114

⁵¹² Cela est encore le cas aujourd'hui : selon la formule de M. VIVANT, notamment in M. VIVANT, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *RIDE*, 2006, p. 361 et suiv., spéc. p. 367, n°5 : la formule qu'il emploie pour résumer cela étant « *accès économique réservé contre accès intellectuel ouvert à tous* ».

⁵¹³ A. BELTRAN, S. CHAUVEAU, G. GALVEZ-BEHAR, *op. cit.* p. 91

⁵¹⁴ Ch. GEIGER, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », *RIDE*, 2006, p. 401



français⁵¹⁵. Et dans la tradition personnaliste du droit d'auteur, de nombreux auteurs⁵¹⁶ les ont placés au centre de la protection. Cette dimension personnaliste a existé dès 1777. L'avocat Cochu, dans son rapport introductif à la Loi Le Chapelier, avait affirmé que « *la plus sacrée, la plus personnelle de toutes les propriétés est l'ouvrage, fruit de la pensée de l'écrivain* »⁵¹⁷. Aujourd'hui la loi de 1957 accorde une importance particulière à l'auteur, par l'octroi à celui-ci du droit moral « *et de règles exorbitantes du droit commun destinées à assurer la protection du consentement de l'auteur dans les cessions* »⁵¹⁸.

94. Présentation de la théorie personnaliste. Pour la doctrine favorable à un droit d'auteur uniquement « *centré sur la personne de l'auteur* »⁵¹⁹, cet équilibre n'a pas lieu d'être, ou du moins, les intérêts de l'auteur doivent trouver une place prépondérante dans le droit d'auteur. Il existerait une « *hiérarchie des intérêts favorable par principe à l'auteur* »⁵²⁰. Si l'importance de la protection de l'auteur est réelle, il est fondamental de ne pas oublier pour autant les intérêts des utilisateurs ou des investisseurs, dont le rôle est indispensable. A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER remarquent d'ailleurs qu'il ne faut pas confondre la personne avec la création⁵²¹. Cependant, ces derniers, favorable à la prééminence de l'auteur masquent le rôle d'incitation à la création, pourtant présent⁵²². De même, F. POLLAUD-DULIAN exclut l'idée d'un droit d'auteur favorisant la création et non les auteurs. Pour lui, ce sont les rapports de l'auteur à son œuvre qui sont l'objet de la propriété littéraire et artistique⁵²³, « *le droit d'auteur protège ... les intérêts de l'auteur dans son œuvre. Il n'est pas un droit de l'œuvre, ni un droit de l'industrie culturelle, mais le droit de l'auteur* »⁵²⁴.

⁵¹⁵ J.-Ch. GALLOUX, « Exceptions et limitations au droit d'auteur : exception française ou paradoxe français ? », in Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R. HILTY, *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, éd. Litec, 2007, p. 329

⁵¹⁶ M. NAST, note sous T. civ. Seine, 1^{er} avril 1936, *DP*, 1936, 2, p. 65 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., Paris, 2012, n° 32, p. 40 ; H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978

⁵¹⁷ Cité par C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz 1999, p. 4-5, n°7, M. VIVANT cite Le Chapelier, in *Les créations immatérielles et le droit*, éd. Ellipses, Paris, juillet 1997, p.33. De même, Boufflers a affirmé, le 30 décembre 1790, à propos de la propriété sur l'invention, qu'il s'agissait de « *la plus inattaquable, la plus sacrée, la plus légitime, la plus personnelle* » des propriétés.

⁵¹⁸ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., Paris, 2012, n° 32, p. 39-40

⁵¹⁹ *Ibid.* Voir également Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2009, 2^e éd., n° 31

⁵²⁰ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *op. cit.* n° 32, p. 41

⁵²¹ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *op. cit.* n° 33, p. 45

⁵²² A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., Paris, 2012, n° 32, p. 40 : « *les auteurs ne l'ont [le droit d'auteur] pas attendu pour créer* ». Il ne faut donc « *pas en exagérer l'importance* » : p. 41.

⁵²³ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, collection corpus, 2005, n°101, p. 80

⁵²⁴ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.* n°61, p. 47



95. La méfiance vis-à-vis de la prise en compte d'autres intérêts que celui des créateurs. Pour cet auteur, le fait de considérer que le droit d'auteur est « dirigé » par un « intérêt collectif ou public » conduirait à « justifier toutes sortes de restrictions aux droits de l'auteur »⁵²⁵. Or il estime que ces droits sont prédominants et doivent l'emporter sur « les droits de la collectivité » du fait de l'effort personnel de création de l'auteur. Consacrer cette conception conduirait à ne restreindre le droit d'auteur « que de façon exceptionnelle »⁵²⁶ en faveur des intérêts collectifs.

96. La prise en compte des différents intérêts favorable à la liberté de création et donc aux créateurs. Il nous semble cependant que considérer la création comme étant ce que protège la propriété intellectuelle ne relègue pas pour autant le créateur au second plan, favorisant ainsi de manière démesurée l'intérêt collectif, occultant l'aspect personnaliste du droit d'auteur. En effet, une trop grande sacralisation de l'auteur⁵²⁷ risque de conduire à limiter excessivement le domaine public, l'accès aux œuvres, leur financement, et *in fine* limiter les futurs créateurs, et donc la création en général. S'intéresser à « la » création ne signifie pas promouvoir un droit de la propriété intellectuelle tourné uniquement vers l'intérêt général mais permet au contraire, tout en protégeant les créateurs, de ne pas oublier les intérêts des autres acteurs de la création : ceux qui la financent, ceux qui la reçoivent ou sont susceptibles de l'utiliser, ceux qui désirent créer à leur tour. La protection de la création ne signifie nullement le sacrifice des créateurs.

97. La création, préoccupation centrale des droits de propriété intellectuelle. L'étude de la création dans les droits de propriété intellectuelle est indispensable si l'on considère que la liberté de création est protégée avant tout par les dispositions du code de propriété intellectuelle. L'utilité des créateurs et donc de la création pour la société est soulignée à l'heure actuelle tant pour les œuvres que les inventions⁵²⁸. C'est ainsi notamment que la directive du 29 avril 2004, dans son premier considérant, dispose que « la protection de la propriété intellectuelle est importante ... pour la promotion de l'innovation et de la

⁵²⁵ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.* n°62, p. 48

⁵²⁶ *Ibid.*

⁵²⁷ B. EDELMAN, *Le sacre de l'auteur*, Essai, Seuil, 2004 ; J.-Ch. GALLOUX, « Exceptions et limitations au droit d'auteur : exception française ou paradoxe français ? », in Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R. HILTY, *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, éd. Litec, 2007, p. 331 : qualifiant le lien entre l'auteur et sa création de « mystique ».

⁵²⁸ E. BACCICHETTI et Ph. BONNET, « Droit des pratiques anticoncurrentielles et droits de propriété intellectuelle », *JCP E*, 2009, n°46, p. 18, n° 2057 : les droits de propriété intellectuelle ont pour finalité « la promotion de l'innovation et de la création au profit de l'intérêt général » ; P. HENAFF, « Le droit moral de l'auteur décédé : menace pour la liberté d'expression et la création artistique », 1^{ère} partie *Petites Affiches* des 20 et 22 juillet 1999, n°143 p. 17, spéc. p. 20-21



création »⁵²⁹. La création a été et est aujourd'hui encore une préoccupation centrale en propriété intellectuelle, celle-ci reposant « *sur un acte de création* »⁵³⁰.

98. L'évolution de la création. Il existe cependant, du fait notamment des évolutions, une différence fondamentale entre la création telle qu'elle existait à l'origine des droits d'auteur et des droits de propriété industrielle et celle qui est protégée par le législateur actuel.

99. La multiplication des objets de droit. La propriété intellectuelle a intégré de nouveaux objets de protection, aux côtés des droits d'auteur qui ne peuvent plus répondre tout à fait aux mêmes critères que par le passé. Ainsi, en ce qui concerne le droit d'auteur, les logiciels ou encore les bases de données font désormais partie des œuvres de l'esprit. Comment déterminer dans ces hypothèses si l'œuvre a été originale, c'est-à-dire reflète la personnalité même de l'auteur ?⁵³¹ Des dispositions particulières ont également été intégrées au sein de la propriété industrielle, qui protège désormais outre des inventions, des variétés végétales...

100. Recherche d'une définition. Définition non juridique. La définition de la création que donne le dictionnaire est peu précise : la création est l' « *action de créer, de tirer du néant* »⁵³². Il est mentionné qu'il peut s'agir de la création d'un modèle, d'un spectacle. Cette définition renvoie au terme créer, qui est défini, si l'on s'en tient au domaine de la propriété intellectuelle, comme le fait de « *donner l'existence à* », « *élaborer, concevoir une œuvre de l'esprit ; réaliser, inventer* », ou encore « *interpréter, mettre en scène pour la première fois* »⁵³³.

Ces définitions non juridiques ont pour intérêt de montrer que la création peut revêtir différentes formes ; la création peut être non seulement la création d'une œuvre, mais aussi, une invention, une interprétation. Si la création est l'action de tirer du néant, elle peut être entendue encore plus largement, mais il est alors difficile d'en comprendre les limites.

⁵²⁹ Directive 2004/48/CE du parlement européen et du conseil, du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle, rectificatif : Journal de l'Union européenne, L 195 du 2 juin 2004, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:195:0016:0025:FR:PDF>

⁵³⁰ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., Paris, 2012, p. 34, n°28

⁵³¹ Suivant le critère subjectif classique du droit d'auteur, voir Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2009, 2^e éd., n°77 et suiv. ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, précis Dalloz, 2^e édition, 2012, n° 247 et ss.. L'originalité est également une notion difficile à définir.

⁵³² Petit Larousse, 2010, dictionnaire Hachette 2010, nouveau petit Robert de la langue française 2010

⁵³³ Petit Larousse, 2010, Littré, dictionnaire Hachette 2010, nouveau petit Robert de la langue française 2010

101. L'absence de définition juridique dans les textes. En droit, la création n'est pas définie par les textes. Elle est mentionnée à l'article L. 111-1⁵³⁴, ou encore aux articles L. 113-7 et L. 113-8⁵³⁵ du CPI, ces derniers faisant référence à la « *création intellectuelle* »⁵³⁶.

102. Définitions doctrinales. Elle a fait l'objet de plusieurs définitions par la doctrine. C'est ainsi par exemple, que pour certains il s'agit d'une « *activité intellectuelle qui donne naissance à l'œuvre de l'esprit ou plus généralement à tout objet de propriété intellectuelle. [La création] désigne aussi le fruit de cette activité qui bénéficie d'une protection au titre de la propriété littéraire et artistique ou au titre de la propriété industrielle* »⁵³⁷. Cependant, au sein même de la propriété industrielle, une distinction a été faite depuis longtemps⁵³⁸ et est reprise majoritairement aujourd'hui, entre les créations industrielles et les signes distinctifs, qui ne sont pas considérés par la doctrine comme des créations⁵³⁹. Il semble cependant que les signes distinctifs doivent être considérés comme des créations, dans la mesure où le signe est associé à un produit, ou à un ensemble de produits.

103. L'appréhension de la création dans son ensemble. Il existe des distinctions entre l'évolution de la propriété industrielle et celle de la propriété littéraire et artistique. Ph. GAUDRAT estime d'ailleurs que c'est une erreur d'appréhender la propriété intellectuelle dans son ensemble, car elle n'est pas « *unique* ». Il se réfère à l'utilité des créations, à leur protection. Il existerait un risque de promouvoir un « *modèle monopoliste de la propriété non intellectuelle (...) au rang de modèle unique* », permettant alors « *aux investisseurs et autres exploitants qui contrôlent les pouvoirs publics de jouir de la manière la plus absolue de la création d'autrui* »⁵⁴⁰. Cependant, le phénomène de création doit être appréhendé « *dans son*

⁵³⁴ Art. L. 111-1 al. 1 « *L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* ».

⁵³⁵ Art. L. 113-7 al. 1 « *Ont la qualité d'auteur d'une œuvre audiovisuelle la ou les personnes physiques qui réalisent la création intellectuelle de cette œuvre* » ; Art. L. 113-8 al. 1 « *Ont la qualité d'auteur d'une œuvre radiophonique la ou les personnes physiques qui assurent la création intellectuelle de cette œuvre* ».

⁵³⁶ La création intellectuelle serait alors plus restreinte que la « *création* » dans la mesure où par l'utilisation de cette notion, sont exclues « *de la protection les créations qui ne sont que la résultante mécanique d'un procédé technique hors de toute implication d'une personne dotée d'intelligence* » : V.-L. BENABOU, « *L'étendue de la protection par le droit d'auteur en France. Situation et propositions* », in Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R. HILTY *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, IRPI, 2007, p. 176

⁵³⁷ M. CORNU, I. de LAMBERTERIE, P. SIRINELLI, C. WALLAERT (dir.), *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, éd. CNRS éditions 2003, p. 58

⁵³⁸ P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, tome 1, partie générale, Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 15

⁵³⁹ A. FRANCON, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Litec, Les cours de droit, 1999, p. 7 ; J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, précis, 7^e édition, 2012, n°3.

Contra : M. VIVANT, notamment M. VIVANT, « *Pour une épure de la propriété intellectuelle* », in *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur d'André FRANCON*, Dalloz 1995, p. 418, n° 5

⁵⁴⁰ Ph. GAUDRAT, « *La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples* », *RTD com*, 2011, p. 562 et suiv.



unité »⁵⁴¹, tant le territoire du droit d'auteur et de la propriété industrielle est « *mal défini et mouvant* »⁵⁴². En effet, le domaine de la création a considérablement évolué, en raison de « *l'aptitude nouvelle de l'homme à instrumentaliser l'information à travers l'informatique ou à appréhender la vie dans ses composantes élémentaires* »⁵⁴³. Les catégories établies seraient « *déstabilisées* »⁵⁴⁴. Et, quel que soit le domaine considéré on constate l'importance croissante de l'investissement⁵⁴⁵, des logiques industrielles et économiques, qui ont fait l'objet, en droit d'auteur, de réformes successives de la loi du 11 mars 1957⁵⁴⁶. La doctrine a considéré que cette évolution était même un changement de paradigme⁵⁴⁷.

Or, envisager la liberté de création comme cadre aux droits de propriété intellectuelle, permet de délimiter ce qui doit être protégé ou non, donc quelles sont les créations susceptibles de bénéficier des droits de propriété intellectuelle.

Afin d'appréhender les spécificités des différents types de création, nous envisagerons successivement la création en propriété littéraire et artistique (section 1) et la création en propriété industrielle (section 2).

Section 1 : La création en propriété littéraire et artistique

104. La création et la notion d'œuvre en droit d'auteur. La création est mentionnée par la loi⁵⁴⁸ et les juges y font référence⁵⁴⁹. Elle est considérée comme le premier critère⁵⁵⁰ de

⁵⁴¹ M. VIVANT, « Pour une épure de la propriété intellectuelle », in *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur d'André FRACON*, Dalloz 1995, p. 418, n° 4

⁵⁴² M. VIVANT, *op. cit.*, p. 418, n° 1.3

⁵⁴³ M. VIVANT, *op. cit.*, p. 415, n° 1.2

⁵⁴⁴ *Ibid.*

⁵⁴⁵ M. VIVANT (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, éd. Ellipses, Paris, juillet 1997, p. 9 : la logique de l'investissement est aujourd'hui dominante dans la création.

⁵⁴⁶ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2009, 2^e éd., n°31 et 32. Il souligne que la loi de 1985 est « une loi de rupture », et qu'aujourd'hui « l'essentiel des débats, en droit d'auteur, tourne autour de l'informatique (logiciels, bases de données et surtout Internet et numérique) ». « L'autre aspect de cette loi, ce sont les droits voisins « protégeant directement l'investissement ».

⁵⁴⁷ A. DIETZ, « Mutation du droit d'auteur : changement de paradigme en matière de droit d'auteur ? », *RIDA* 1988, n° 138, p. 23 et suiv. ; Ch. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, Paris, 2004, p. 267, n° 307 ; F. SIIRIAINEN, « Propriété intellectuelle et concurrence. Problématique de la convergence », in *La propriété intellectuelle entre autres droits*, sous la dir. de J.-M. BRUGUIERE, Dalloz, 2009, p. 36

⁵⁴⁸ En particulier par l'article L. 111-1 précité.

⁵⁴⁹ Par exemple, cass. 1^{re} civ., 3 mars 1992, B. EDELMAN, « Un spectacle son et lumière présenté à l'occasion du centenaire de la Tour Eiffel constitue une œuvre de l'esprit », *Dalloz* 1993, p. 358; cass. 1^{re} civ. 2 avril 2009, n°08-10194 ; à propos de créations de mode : cass. crim. 5 février 2008, n°07-81.387 ; CA Rennes, 29 mai 2007, 2^e ch. com., juris data 20076368189



protection en matière de droit d'auteur. Elle est ce qu'il y a d'irréductible dans l'œuvre⁵⁵¹. En droit d'auteur, il semble donc que l'objet de la protection qui est l'œuvre de l'esprit soit une certaine forme de création. Elle répond à des critères visant à la limiter⁵⁵². L'œuvre elle-même n'est pas définie en droit français⁵⁵³. Le droit communautaire l'a définie comme « *une création intellectuelle propre à son auteur* »⁵⁵⁴.

105. La distinction entre création et œuvre de l'esprit. Dans ce domaine, les deux notions de création et de créateur sont étroitement imbriquées. Par exemple F. POLLAUD-DULIAN affirme que les œuvres de l'esprit, objet de la protection de la propriété littéraire et artistique, « *sont la création d'auteurs, auxquels la loi attribue cette propriété, à raison et dans la mesure de l'acte de création* »⁵⁵⁵. En revanche toutes les créations ne sont pas des œuvres de l'esprit, elles doivent pour cela « *revêtir certaines qualités* »⁵⁵⁶ : être des créations de forme et originales⁵⁵⁷. Il existe des créations qui peuvent être indignes de protection⁵⁵⁸, et qui sont librement réutilisables par les futurs créateurs.

S'il semble admis aujourd'hui que la création protégeable par le droit d'auteur est une œuvre de l'esprit, l'objet des droits voisins n'est pas exactement le même.

Une distinction doit donc être faite entre la création lorsqu'elle est reconnue comme étant une œuvre de l'esprit (§ 1), et la création au sens de droit voisin (§ 2).

⁵⁵⁰ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2009, 2^e éd., p. 45, n°42 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, précis Dalloz, 2^e édition, 2012, p. 119, n° 100 et suiv. : le terme « *intervention de l'homme* » est utilisé plutôt que celui de création, mais il semble que ce soit la même chose.

⁵⁵¹ B. EDELMAN, *Propriété littéraire et artistique*, Que sais-je ?, PUF, 2008, 4^e édition, p. 14

⁵⁵² Voir sur les critères : Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2009, 2^e édition, n°44 et suiv. ; V.-L. BENABOU, « L'étendue de la protection par le droit d'auteur en France. Situation et propositions », in Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R. HILTY *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, IRPI, 2007, p. 176

⁵⁵³ V.-L. BENABOU, *op. cit.* p. 165 ; « *l'œuvre de l'esprit* » est d'ailleurs considérée comme un « *concept mou* » : A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd. 2012, n°47, p. 63

⁵⁵⁴ CJUE (quatrième chambre), 16 juillet 2009, C-5/08, Infopaq International A/S c/Danske Dagblades Forening : « 35. De même, conformément aux articles 1er, paragraphe 3, de la directive 91/250, 3, paragraphe 1, de la directive 96/9 et 6 de la directive 2006/116, des œuvres telles que des programmes d'ordinateur, des bases de données ou des photographies ne sont protégées par le droit d'auteur que si elles sont originales en ce sens qu'elles sont une création intellectuelle propre à leur auteur ».

⁵⁵⁵ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, collection corpus, Paris, 2005, n°101, p. 80

⁵⁵⁶ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2009, 2^e édition, n°43

⁵⁵⁷ Ch. CARON, *op. cit.*, n°57

⁵⁵⁸ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, précis Dalloz, 2^e édition, 2012, n° 104, p. 122



§ 1 : L'évolution de la notion de création

106. L'œuvre de l'esprit doit être originale. La liberté de création est garantie à la fois parce les créateurs bénéficient de droits, mais également parce que des espaces de liberté sont aménagés. Ainsi, la délimitation de la création protégeable est déterminante pour l'équilibre entre protection et liberté et donc pour la garantie de la liberté de création.

Une œuvre de l'esprit⁵⁵⁹ est une création protégée par le droit d'auteur. Or la notion d'œuvre n'est pas non plus définie dans le code de la propriété intellectuelle. De plus en plus de « productions de l'esprit »⁵⁶⁰ sont qualifiées d'œuvres, remettant en cause cette notion. Il est cependant constant que ce qui détermine si une création peut ou non être protégée par le droit d'auteur, c'est le fait que celle-ci soit originale⁵⁶¹. Ce critère relativement flou, voire insaisissable⁵⁶², seule condition de la protection d'une œuvre, a l'avantage de pouvoir être modulé⁵⁶³, en fonction du type de l'œuvre⁵⁶⁴, de l'avancée des techniques....

107. Le risque de dénaturation du critère de protection lorsqu'il est adapté aux nouvelles formes de création. L'adaptation du critère a cependant également ses inconvénients et se pose la question de savoir jusqu'où il est possible d'étendre la notion d'originalité. Au-delà du fait de faire profiter d'une protection très favorable à des créations qui n'en sont pas véritablement, la liberté de création, si son objet est excessivement étendu, ne risque-t-elle pas d'être utilisée non pour protéger la création mais le seul investissement ? Le risque serait alors de créer un déséquilibre entre les intérêts des différents acteurs de la création et de favoriser une conception purement financière de la création. On en est conduit à s'interroger sur ce que sont ces œuvres de l'esprit. La catégorie des œuvres de l'esprit, dont une liste non limitative est dressée à l'article L. 112-2 CPI⁵⁶⁵, s'est étendue.

⁵⁵⁹ L'œuvre de l'esprit est l'objet du droit d'auteur pour le CPI

⁵⁶⁰ P. GAUDRAT, « 2. Propriété des créations : l'auteur mutant », in L. SFEZ, *Dictionnaire critique de la communication*, tome II, 1993, p. 1240 et suiv., spéc. p. 1240

⁵⁶¹ L'originalité est la « qualité qui permet l'accès à la protection » : A. LUCAS et P. SIRINELLI, « L'originalité en droit d'auteur », *JGP éd. G*, 1993, n°23, I doctrine n°3681, p. 253, n°1

⁵⁶² A. MAFFRE-BAUGE, « Protection : sur la condition d'originalité », in M. VIVANT, dir. *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, grands arrêts, 2004, p. 113 et suiv., spéc. p. 117

⁵⁶³ A. LUCAS et P. SIRINELLI, *op. cit.* p. 257, n°23 : « il serait tentant de voir dans l'originalité une notion-cadre ».

⁵⁶⁴ Voir à propos du critère de protection des œuvres : F. SIIRIAINEN, « Libres propos et pensées sur la notion d'œuvre protégée et sa fonction... », *Propriété industrielle*, n° 10, octobre 2010, dossier 9

⁵⁶⁵ Art. L. 112-2 CPI : « Sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit au sens du présent code :

1° Les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques;

2° Les conférences, allocutions, sermons, plaidoiries et autres œuvres de même nature;

3° Les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales;

4° Les œuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque, les pantomimes, dont la mise en œuvre est fixée par écrit ou autrement;



Aujourd'hui l'incorporation de certaines créations à la catégorie des œuvres de l'esprit⁵⁶⁶ fait l'objet de critiques ; elle est remise en cause par certains auteurs, pour lesquels la spécificité du droit d'auteur est gommée, altérant la notion d'originalité, dans la mesure où il est ramené à une technique de rémunération d'un investissement⁵⁶⁷. De plus, l'extension de son champ d'application « *affadit sa dimension littéraire et artistique, ce qui tend à brouiller la frontière avec les droits voisins, voire avec la propriété industrielle* »⁵⁶⁸.

A) La création, une notion aux frontières floues

108. L'idée, limite de la création. La création a comme limite les « idées » qui sont, elles, de libre parcours⁵⁶⁹. L'idée pure ne peut être « *objet de droit tant qu'elle fait corps avec le sujet de droit* ». La question de la protection par un droit privatif se pose pour les idées qui ont été livrées par leurs auteurs au public⁵⁷⁰. Si le droit refuse de « saisir »⁵⁷¹ l'idée, c'est pour éviter de bloquer tout processus de création⁵⁷². Les idées constituent un fonds commun de l'humanité et donc l'élément principal permettant de maintenir la liberté de création. Pourtant

⁵⁶⁶ Les compositions musicales avec ou sans paroles;

⁵⁶⁷ Les œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble œuvres audiovisuelles;

⁵⁶⁸ Les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie;

⁵⁶⁹ Les œuvres graphiques et typographiques;

⁵⁷⁰ Les œuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie;

⁵⁷¹ Les œuvres des arts appliqués;

⁵⁷² Les illustrations, les cartes géographiques;

⁵⁷³ Les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture et aux sciences;

⁵⁷⁴ Les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire ;

⁵⁷⁵ Les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure. Sont réputées industries saisonnières de l'habillement et de la parure les industries qui, en raison des exigences de la mode, renouvellent fréquemment la forme de leurs produits, et notamment la couture, la fourrure, la lingerie, la broderie, la mode, la chaussure, la ganterie, la maroquinerie, la fabrique de tissus de haute nouveauté ou spéciaux à la haute couture, les productions des paruriers et des bottiers et les fabriques de tissus d'ameublement ».

⁵⁶⁶ Voir la « déstructuration » de l'objet de la protection : P. GAUDRAT, « 2. Propriété des créations : l'auteur mutant », in L. SFEZ, *Dictionnaire critique de la communication*, tome II, 1993, p. 1240 et suiv., spéc. p. 1241

⁵⁶⁷ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A.LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., Paris, 2012, n° 38, p. 50

⁵⁶⁸ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A.LUCAS-SCHLOETTER, *op. cit.* n° 38, p. 50. Ils sont d'autant plus critiques, que le droit international accentue cette évolution, notamment article 7 de l'accord ADPIC. Cette évolution est effective pour d'autres, sans pour autant susciter une désapprobation aussi importante : P. GAUDRAT, *op. cit.* p. 1241 : « *l'auteur se distingue de plus en plus mal de l'inventeur et du prestataire de services* ». Le constat a également été fait par A. BERTRAND in A. BERTRAND, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Dalloz, 1999, 2^e éd., p. 91

⁵⁶⁹ L'expression est de H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd. 1978. P. 22, n° 18 ; elle a été reprise à leur compte notamment par M. VIVANT (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, éd. Ellipses, Paris, juillet 1997, p. 12 ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *op. cit.* n° 30 p. 38. P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^e éd. 2012, n° 40, p. 52 ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2009, 2^e éd., p. 51, n° 67

⁵⁷⁰ M. VIVANT (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, éd. Ellipses, Paris, juillet 1997, p. 12

⁵⁷¹ *Ibid.*

⁵⁷² *Ibid.*



il est désormais possible de réclamer au juge la protection offerte par le droit d'auteur pour ce qu'il est convenu d'appeler des « concepts » artistiques.

109. L'extension de la catégorie des créations. Le champ de la création a également été étendu avec l'« *immixtion de l'acte technique dans l'acte créatif* »⁵⁷³.

De ce fait, le critère d'originalité a été modifié, pour finalement s'attacher à la nouveauté⁵⁷⁴, permettant ainsi de protéger non plus les auteurs, mais l'investissement lui-même⁵⁷⁵. Ces évolutions obligent à s'intéresser sur ce qui fait finalement la protection par le droit d'auteur. On est en droit de s'interroger sur ce qui aujourd'hui peut être considéré comme œuvre de l'esprit, et quelles sont les finalités poursuivies par le droit d'auteur.

La création, telle qu'elle est entendue par le droit d'auteur, est limitée, afin de ne pas entraver excessivement la liberté des futurs créateurs. L'idée n'est donc pas protégeable (1). Cependant, avec l'extension de la catégorie des œuvres de l'esprit (2), la question d'une restriction excessive de la liberté de création se pose.

1. L'idée, limite à la création protégeable

110. La création se distingue de notions proches, comme l'idée qui n'est pas protégeable en tant que telle⁵⁷⁶ (a). Il existe cependant une situation où l'on semble admettre cette protection : les juges ont accordé le bénéfice de la protection par le droit d'auteur à une œuvre d'art contemporain, dont l'originalité de la forme était discutable (b). La protection reposait dès lors plus sur l'idée de l'artiste que sur sa forme.

⁵⁷³ P. GAUDRAT, « 2. Propriété des créations : l'auteur mutant », in L. SFEZ, *Dictionnaire critique de la communication*, tome II, 1993, p. 1242

⁵⁷⁴ Dans ce sens : M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, précis Dalloz, 2^e édition, 2012, n° 255, p. 240 ; M. VIVANT, « 2. Propriété des créations : l'auteur mutant », in L. SFEZ, *Dictionnaire critique de la communication*, tome II, 1993, p. 1244 et suiv., spéc. p. 1247

⁵⁷⁵ L'investissement serait une « valeur nouvelle ». « Ainsi, l'air du temps renouvelé de Guizot, est aux vertus de l'investissement » : M. VIVANT, « 2. Propriété des créations : l'auteur mutant », in L. SFEZ, *Dictionnaire critique de la communication*, tome II, 1993, p. 1244 et suiv., spéc. p. 1248 ; à propos du droit d'auteur : Ch. GEIGER, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », *RIDE*, 2006, p. 389 et suiv., p. 402

⁵⁷⁶ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd. 2012, n° 30, p. 38 ; C. FRUTEAU, « de l'exclusion des idées », in M. VIVANT, dir. *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, grands arrêts, 2004, n°6, p. 78 ; P. TAFFOREAU, C. MONNERIE, *Droit de la propriété intellectuelle*, éd. Gualino, 3^e éd., 2012, n° 59 ; M. VIVANT (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, éd. Ellipses, Paris, juillet 1997, p. 12 ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2009, 2^e éd., n° 67 et suiv.

a) La distinction entre la création et l'idée

111. La distinction traditionnelle entre l'idée ou le fond et la forme. La distinction entre l'idée et la création est un problème ancien⁵⁷⁷. Communément, ce qui est protégé est la mise forme concrète de l'idée à l'origine de l'œuvre⁵⁷⁸. Or, on sait que la distinction entre les deux n'est pas évidente⁵⁷⁹, tranchée ; cela pourrait même conduire à des solutions « inadéquates »⁵⁸⁰. Cette opposition entre l'idée et la forme d'une œuvre a même été qualifiée d'« artificielle »⁵⁸¹.

Le droit d'auteur ne peut s'appliquer que lorsque l'idée est mise en forme⁵⁸².

112. L'intérêt pour la liberté du créateur de la non protection des idées. Si distinguer l'idée de la création est difficile, c'est néanmoins nécessaire, car refuser d'accorder un droit d'auteur à une idée, permet de ne pas étendre la protection du droit d'auteur excessivement, et donc de conserver une certaine liberté au créateur.

Ainsi, l'exclusion des idées est une évidence pour nombre d'auteurs⁵⁸³ parce qu'elle permet de conserver un fonds commun à partir duquel les créateurs créent⁵⁸⁴. L'exclusion des idées a

⁵⁷⁷ E. POUILLET, *Traité de propriété littéraire et artistique*, 3^e éd., Paris, 1908, p. 45 ; voir les exemples de X. DESJEUX, « La protection des idées en droit positif », *GP*, 1992. 2, doctrine p. 971 ; Ch. BROSSARD et Ph. DURNERIN, « L'absence de protection des idées par le droit d'auteur », *GP*, 1988. 1, doctrine p. 69 ; C. FRUTEAU, « de l'exclusion des idées », in M. VIVANT, dir. *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, grands arrêts, 2004, n°6, p. 79

⁵⁷⁸ Par opposition au fond : C. FRUTEAU, *op. cit.* p. 80 ; Ch. CARON, *op. cit.* n°65 et suiv.

⁵⁷⁹ W. MAXWELL, K. BOLGER, T. ZEGGANE, « Un regard transatlantique sur les « scènes à faire » et autres banalités en droit d'auteur », *Propriétés intellectuelles*, janvier 2009, n°30, p. 31 : « En 1930, l'un des plus grands magistrats américains a écrit que « personne n'a pu fixer la frontière [entre l'idée et son expression], et personne ne sera jamais en mesure de le faire » ». A. BENSAMOUN, « Portrait d'un droit d'auteur en crise », *RIDA*, n° 224, avril 2010, p. 3 et suiv., spéc. p. 69-71, n°31

⁵⁸⁰ X. DESJEUX, *op. cit.* p. 971

⁵⁸¹ Ph. LE TOURNEAU, « Folles idées sur les idées », *comm. comm. électr.*, février 2001, chronique 4 p. 8 (qui est contre cette distinction dans la mesure où pour lui ce qui constitue la matière de l'œuvre, c'est l'idée) ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2009, 2^e éd., n° 71 ; Ch. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, Paris, 2004, p. 212, n° 236 ; pour l'indivisibilité entre fond et forme : B. EDELMAN, « création et banalité », *Dalloz*, 1983, p. 74 ; M. VIVANT, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *RIDE*, 2006, p. 371, n° 9 ; contre la distinction : I. CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, CEDIDAC, Lausanne, 1985

⁵⁸² M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, n° 115 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd. 2012, n° 60, p. 75 : il n'y a d'œuvre originale « qu'à partir du moment où elle quitte le monde de la spéculation pour entrer dans le monde sensible de la forme ».

⁵⁸³ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, précis Dalloz, 2^e édition, 2012, n° 119, p. 132 ; l'absence de protection est critiquée : voir notamment Ph. LE TOURNEAU, « Folles idées sur les idées », *comm. comm. électr.*, février 2001, chronique 4 p. 8 ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^e éd. 2012, n° 38 et suiv.

⁵⁸⁴ C. FRUTEAU, « de l'exclusion des idées », in M. VIVANT, dir. *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, grands arrêts, 2004, n°6, p. 79 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd. 2012, n° 30, p. 38



fait l'objet d'une jurisprudence abondante⁵⁸⁵. Ce principe est également compris à l'article L. 111-2 CPI⁵⁸⁶.

Le fonds commun, ou domaine public⁵⁸⁷ est « *composé des créations ne pouvant plus être protégées par l'effet du temps* » et « *l'ensemble d'idées à partir desquelles les artistes ou innovateurs créent* »⁵⁸⁸. C'est donc une disposition fondamentale pour la liberté de création, incluse au sein des droits de propriété intellectuelle⁵⁸⁹.

113. La distinction entre la liberté de reprendre une idée et la copie. Déterminer ce qui différencie l'idée de la création permet de dire s'il y a contrefaçon ou non. En effet cette question se pose lorsque les juges doivent déterminer si l'œuvre n'est pas identique à une autre œuvre. Si une œuvre ne peut être copiée, l'idée qu'elle comprend peut être reprise. La chambre commerciale de la cour de cassation a affirmé qu' « *une idée ou une méthode d'enseignement n'est pas susceptible en elle-même d'une appropriation privative* »⁵⁹⁰. Cette solution a consacré⁵⁹¹ la non appropriation des idées. En l'espèce, une méthode d'enseignement du solfège avait été éditée sous la forme de plusieurs albums. L'idée de personnification des notes de musique qu'elle contenait a été reprise dans un autre livre également destiné aux enfants. Or si l'idée peut être reprise, en l'espèce, la « *forme générale identique* » était « *de nature à créer une confusion entre les deux ouvrages* »⁵⁹².

Des thèmes, notamment pour des pièces de théâtre⁵⁹³ ou des films⁵⁹⁴ ne sont pas non plus susceptibles d'une appropriation privative.

⁵⁸⁵ Voir C. FRUTEAU, *op. cit.* p. 73 et suiv.

⁵⁸⁶ Article L. 111-2 CPI : « *L'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur* ». A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *op. cit.* n° 60, p. 76

⁵⁸⁷ S. CHOISY, *Le domaine public en droit d'auteur*, thèse Paris, II, 2001 : « *la pensée elle-même échappe à toute appropriation, elle reste dans le domaine inviolable des idées, dont le privilège est d'être éternellement libre* ».

⁵⁸⁸ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, précis Dalloz, 2^e édition, 2012, n° 119, p. 132 ; Pour V.-L. BENABOU, « L'étendue de la protection par le droit d'auteur en France. Situation et propositions », in Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R. HILTY, *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, éd. Litec, 2007, p. 180, le domaine public est « *l'ensemble de ressources insusceptibles d'appropriation* ».

⁵⁸⁹ Voir Titre 2, chapitre 1, section 1.

⁵⁹⁰ Cass. com. 29 novembre 1960, bull. civ. III, n°389, *Gazette du palais* 1961, 2, 152, *Ann. Prop. Ind.* 1961, p. 309, note BLAUSTEIN ; *RTD com.*, 1961, p. 607, obs. H. DESBOIS, C. FRUTEAU, « De l'exclusion des idées », in M. VIVANT (dir.) *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, p. 73 et suiv.

⁵⁹¹ C. FRUTEAU, *op. cit.* p. 79

⁵⁹² Cass. com. 29 novembre 1960, bull. civ. III, n°389, *Gazette du palais* 1961, 2, 152, *Ann. Prop. Ind.* 1961, p. 309, note BLAUSTEIN ; *RTD com.*, 1961, p. 607, obs. H. DESBOIS, C. FRUTEAU, « De l'exclusion des idées », in M. VIVANT (dir.) *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, p. 73 et suiv.

⁵⁹³ Par exemple : CLARO, note sous CA Paris, 12 mai 1909, *Dalloz*, 1910, 2^e partie, p. 81 : il a été jugé que l'histoire faisait partie du « *fonds commun du théâtre et du roman* ». Ce thème, tel qu'il a été décrit par les



114. La liberté de création, remise en cause par l'importance économique de l'idée ? Depuis, cette limite est remise en cause, notamment lorsque ces idées revêtent une importance économique particulière. Ainsi, l'idée de protéger les intérêts économiques a déjà été soulevée à propos des créations publicitaires⁵⁹⁵, ou encore d'émissions de télévision⁵⁹⁶.

115. L'étendue de la liberté dans la création publicitaire. Les créations publicitaires sont à la fois des créations artistiques mais aussi des techniques commerciales⁵⁹⁷. Il s'agit de promouvoir des produits ou des services, l'investissement publicitaire représentant souvent une valeur économique très importante⁵⁹⁸. Les idées publicitaires pour certains devraient être protégées pour des raisons économiques, par équité envers les publicitaires⁵⁹⁹. En effet, la protection de la création de forme uniquement, telle qu'elle est appréhendée par le droit d'auteur leur semble insuffisante. S'il est admis que les idées sont de libre parcours, et donc que l'idée n'est pas protégeable, quel que soit le moyen de protection⁶⁰⁰, en revanche, la question se pose lorsque l'idée est matérialisée. En effet, pour les publicitaires, cette idée représente « une valeur marchande très substantielle »⁶⁰¹.

juges : « un joueur de manille recevant un message dans un café et sortant avec précipitation, son arrivée chez une femme, qui cache alors un rival dans le placard, l'ouverture de ce bahut, la sortie de l'amant chassé par une fenêtre et tombant sur un autre concurrent, puis le mouvement du vainqueur se jetant aux genoux de l'infidèle ».

En l'espèce cette solution a paru contestable, la composition de ces œuvres ayant été également reprise.

⁵⁹⁴ Un même thème peut être la base de scénarios distincts, comme l'a affirmé le TGI de Paris, à propos du scénario de Sparring Partners et du film Hors la loi : TGI Paris 3^e ch., section 1, 16 novembre 2010, MM. Afiri et Roques c/ R. Bouchareb et a., comm. Ch.-E. RENAULT, « Cinéma du réel : la contrefaçon, ses risques et ses limites », *Légipresse* n° 280, février 2011, III, p. 109 et suiv.. Voir entre autres exemples : CA Paris, 27 juin 2001, *RIDA* avril 2002, p. 426, à propos du film Léon de Luc Besson

⁵⁹⁵ C. FRUTEAU, « de l'exclusion des idées », in M. VIVANT, dir. *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, grands arrêts, 2004, n°6, p. 84 : l'idée est alors perçue comme une information, ayant une valeur économique.

⁵⁹⁶ Toutes les émissions ne sont pas des œuvres originales : n°141. Les émissions telles que les jeux télévision sont en revanche susceptibles d'être originaux et donc protégeable. L'idée en revanche ne l'est pas, la précision du projet est donc prise en compte : CA Paris, 1^{re} ch. A, « Une simple idée n'est pas en elle-même susceptible d'être protégée : absence de contrefaçon d'un projet d'émission », *Dalloz* 1990, p. 78 ; B. EDELMAN, « La protection des jeux télévisés », *Dalloz*, 1999, p. 417 ; CA Versailles, 14^e ch., 27 septembre 1995, com. Th. HASSLER, V. LAPP, « La banalité du thème d'une émission de télévision (phénomènes paranormaux) empêche de reconnaître à celle-ci une originalité au regard de laquelle l'utilisation du même thème par une autre émission pourrait constituer une contrefaçon ou un comportement parasitaire relevant de la compétence du juge des référés », *Dalloz*, 1997, p. 83 ; CA Versailles, 14^e ch., 18 octobre 1996, com. C. COLOMBET, « Le synopsis d'une émission de télévision pour enfants n'est pas une œuvre protégeable dès lors qu'il correspond à un schéma classique et commun », *Dalloz* 1997, p. 93 ; J. CASTELAIN, Ch. CARON, « Les formats d'œuvres audiovisuelles : une protection suffisante ? », *RLDI*, n°40, juillet 2008, étude n°1346, p. 69

⁵⁹⁷ Ch. BIGOT, *Droit de la création publicitaire*, L.G.D.J., 1997, p.1

⁵⁹⁸ Ch. BIGOT, *op. cit.*, p.2, n°2

⁵⁹⁹ Ch. BROSSARD et Ph. DURNERIN, « L'absence de protection des idées par le droit d'auteur », *GP*, 1988. 1. doctrine p. 69. Voir notamment R. LINDON (JCP 1970, I, 2295), B. DUFOUR, « Musique électroacoustique, droit d'auteur et droits voisins », *RIDA* 1977 n° 93, p. 85 et suiv., spéc. p. 131 : l'auteur fait référence à la « protection des « idées élaborées » ».

⁶⁰⁰ P. et F. GREFFE, *La publicité et la loi, droit français union européenne suisse*, Litec, 9^e édition, 2000, n°710, p. 244

⁶⁰¹ Ch. BIGOT, *Droit de la création publicitaire*, L.G.D.J., 1997, p.13, n°16



Certains se sont donc prévalus de la concurrence déloyale ou du parasitisme⁶⁰² pour empêcher la reprise des idées publicitaires. Cela a été justifié par le fait que l'idée pouvait avoir une valeur marchande⁶⁰³. Cette solution a été contestée⁶⁰⁴. Néanmoins, depuis quelques années, la jurisprudence a largement accordé une telle protection lorsque « *l'utilisation successive, loin d'être fortuite, trahi un comportement blâmable de la part des concurrents qui l'adoptent à leur tour au mépris d'un risque de confusion* »⁶⁰⁵. Cela présente l'intérêt de ne pas étendre la protection par le droit d'auteur à des créations qui ne sont manifestement pas des œuvres originales⁶⁰⁶. Une protection des idées publicitaires par le droit d'auteur conduirait à restreindre la liberté de création de manière excessive⁶⁰⁷. Il est donc préférable de recourir à la concurrence déloyale ou le parasitisme, qui sont ainsi invoqués *a posteriori* et au cas par cas. Ce mode de protection n'a pas pour but de protéger toutes les idées publicitaires. Seul un comportement fautif, constituant un « *acte de concurrence contraire aux usages honnêtes du commerce* »⁶⁰⁸ est sanctionné. L'action en concurrence déloyale est fondée sur les articles 1382 et 1383 du code civil. La reprise d'une idée publicitaire doit donc être fautive et causer un préjudice.

116. L'étendue de la liberté de création d'émissions de télévision. La question de limite entre l'idée et la création s'est posée dans d'autres secteurs où les idées pouvaient représenter un important intérêt économique, comme celui de la production d'émissions de télévision.

⁶⁰² Sur ces termes, voir notamment : M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence*, Armand colin, 2^e éd., 2003, n° 243 et suiv., et n° 254 et suiv. ; V. PIRONON, *Droit de la concurrence*, Gualino, lextenso éd., Paris 2009, n° 656 et suiv., et n° 666 et suiv.

⁶⁰³ C. FRUTEAU, « de l'exclusion des idées », in M. VIVANT, dir. *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, grands arrêts, 2004, n°6, p. 84

⁶⁰⁴ Ch. BIGOT (*Droit de la création publicitaire*, L.G.D.J., 1997, p.72, n° 93) cite notamment C. CARREAU en ce sens, « Publicité – Protection des créations et moyens publicitaires », *JurisClasseur Contrats – Distribution*, fasc. 4080, 2007, n°113

⁶⁰⁵ C. CARREAU, « Publicité – Protection des créations et moyens publicitaires », *JurisClasseur Contrats – Distribution*, fasc. 4080, 2007, n°137 ; pour des exemples : Ph. LE TOURNEAU, « Folles idées sur les idées », *comm. comm. électr.*, février 2001, chronique 4 p. 8, spéc. n° 24

⁶⁰⁶ X. DAVERAT, « Sur une « généralisation » du droit d'auteur », *JCP G*, n°52, 24 décembre 1997, II, 22937

⁶⁰⁷ C. CARREAU, *op. cit.* n°14, la liberté de création serait garantie par la préservation d'un fonds commun dans lesquels les créateurs viendraient puiser leur inspiration, la distinction de la forme et de l'idée, le rejet de la réservation de cette dernière irait dans ce sens.

⁶⁰⁸ C. FRUTEAU, « de l'exclusion des idées », in M. VIVANT, dir. *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, grands arrêts, 2004, n°6, p. 82



Dans ce domaine, « où les idées valent de l'or »⁶⁰⁹, la limite entre la création et l'idée se trouve dans le degré d'élaboration de la trame de l'émission⁶¹⁰. Si le « concept » n'est pas protégeable⁶¹¹, le « format » d'une émission peut être considéré comme une œuvre. Ce format est le projet d'une émission, qui décrit le « *déroulement formel (...) constituant en une succession de séquences dont le découpage est préétabli* »⁶¹². Dans une affaire du 25 septembre 2005, il s'agissait de déterminer si la trame d'une émission destinée aux personnes âgées était protégeable. Les juges ont relevé que la « *trame d'une émission de télévision non élaborée, qui ne dépasse pas l'expression d'une idée en forme de simple canevas* »⁶¹³ ne peut être protégée par le droit d'auteur. Ils ont néanmoins estimé nécessaire de préciser que le projet en question n'avait aucune originalité, et était « *exempt(...) de toute créativité* ».

De même, à l'occasion d'une autre affaire, les juges ont affirmé qu'un thème d'émission « *tendant à faire découvrir les îles* » et « *à faire prendre conscience de leurs potentialités (...) sans exposé d'un scénario ou d'un enchaînement de séquences* »⁶¹⁴ ne peut être protégeable. Il s'agit d'un concept, qui peut être dès lors librement réutilisable. Cette solution était contestable en l'occurrence, d'autres éléments suggéraient en effet une participation plus importante.

Les « bibles »⁶¹⁵, plus élaborées, peuvent être protégées⁶¹⁶. La précision de la formalisation est prise en compte pour la protection par le droit d'auteur⁶¹⁷.

⁶⁰⁹ A. LUCAS, comm. de CA Paris, 4^e ch. B, 21 septembre 2001, SARL ACDC Productions et Chonavey c/RFO et autres, *propriétés intellectuelles*, juillet 2002, n°4, p. 49 ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., 2009, n° 69

⁶¹⁰ W. MAXWELL, K. BOLGER, T. ZEGGANE, « Un regard transatlantique sur les « scènes à faire » et autres banalités en droit d'auteur », *Propriétés intellectuelles*, janvier 2009, n° 30, p. 35

⁶¹¹ A. LUCAS, *op. cit.* p. 49

⁶¹² TGI Paris, 3^e ch., 3 janvier 2006 SA Métropole Télévision M6 et Sté Eyeworks bv c/ Sté nationale de télévision France 2 et SARL Way, « Code de la Route : le grand examen », cité par J. CASTELAIN, Christine CARON, « Les formats d'œuvres audiovisuelles : une protection suffisante ? », *RLDI*, n°40, juillet 2008, n° 1346, p. 69 et suiv., spéc. p.70 note 13

⁶¹³ CA Paris, 25 sept. 2005 : *Juris-Data* n° 2005-286242, extrait cité par W. MAXWELL, K. BOLGER, T. ZEGGANE, *op. cit.* p. 35

⁶¹⁴ A. LUCAS, comm. de CA Paris, 4^e ch. B, 21 septembre 2001, SARL ACDC Productions et Chonavey c/RFO et autres, *propriétés intellectuelles*, juillet 2002, n°4, p. 49

⁶¹⁵ Il s'agit du « *document de référence fondateur d'une série d'épisodes. Elle définit l'ensemble des éléments permanents indispensables au développement de la série (...)* » : Protocole d'accord concernant les relations entre les scénaristes et les producteurs de télévision signé le 28 mai 2001 entre l'Union Syndicale de la Production Audiovisuelle et l'Union Guilde des Scénaristes, cité par J. CASTELAIN, Ch. CARON, « Les formats d'œuvres audiovisuelles : une protection suffisante ? », *RLDI*, n°40, juillet 2008, n°1346, p. 69 et suiv., spéc. p.72

⁶¹⁶ Voir par exemple TGI Paris, 23 septembre 1992, *RIDA* 4/1993, p. 257 ; par J. CASTELAIN, Ch. CARON, « Les formats d'œuvres audiovisuelles : une protection suffisante ? », *RLDI*, n°40, juillet 2008, n°1346, p. 69 et suiv., spéc. p.76



L'extension de la protection par le droit d'auteur, lorsque la mise en forme est limitée, voire inexistante s'est posée plus particulièrement pour les œuvres d'art contemporain. En effet, ce qui caractérise ces œuvres c'est précisément l'importance de l'idée, du « concept »⁶¹⁸ par rapport à la réalisation de ceux-ci, qui ne sont que secondaires.

On peut cependant se demander s'il s'agit encore de création.

Dans ces différentes hypothèses, on peut constater que la protection est limitée, en effet, il doit être laissé à d'éventuels futurs créateurs, la possibilité de créer d'autres œuvres, sur une idée identique. L'idée peut parfois constituer la création elle-même, puisque tout l'intérêt de la création résulte de l'idée et non de sa mise en forme. C'est le cas dans certaines œuvres d'art contemporain (b).

b) Les créations contemporaines

117. Remise en cause de la notion de création par l'art contemporain. Les créations artistiques sont des œuvres de l'esprit ; cela est incontestable. Elles répondent au critère classique de l'originalité. C'est ce qu'on a appelé l'art « pur »⁶¹⁹, par opposition aux créations utilitaires. Ces œuvres d'art, « émanation » de la personne de l'auteur fondent essentiellement la théorie personnaliste du droit d'auteur.

Pourtant l'art a évolué au fil du temps, les artistes cherchant toujours à bousculer les convenances⁶²⁰. A partir du XXe siècle, la création artistique a pris un tournant plus radical. C'est « *le socle conceptuel de l'art tout entier* »⁶²¹ qui a été ébranlé. Les artistes ne cherchaient plus à représenter l'existant, mais avec l'avènement du suprématisme et de l'art conceptuel, les toiles, voire les objets ne sont plus nécessairement des créations originales au sens classique du terme, mais des idées à peine représentées⁶²². La personnalisation de la

⁶¹⁷ Voir par exemple CA Paris, 4^e ch., 6 décembre 2002, Biron c/ Laraque et TF1, n°1999/21562, Juris-Data n°199718

⁶¹⁸ Le terme concept est également utilisé en matière d'œuvre audiovisuelle : ainsi, l'œuvre audiovisuelle se distinguerait du concept d'émission, qui ne serait qu'un principe d'émission et non des « *séquences animées d'images sonorisées ou non* » : X. DAVERAT, « Sur une « généralisation » du droit d'auteur », *JCP G*, n°52, 24 décembre 1997, II, 22937

⁶¹⁹ Opposant les arts purs et les arts appliqués : F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, collection corpus, Paris, 2005, n°23

⁶²⁰ Voir notamment Th. SCHLESSER, *L'art face à la censure. Cinq siècles d'interdits et de résistance*, éd. Beaux-arts, p. 135, « « à chaque époque son art, à l'art sa liberté », lit-on à l'entrée du pavillon de la Sécession conçue par Joseph Maria Olbrich, à Vienne, bâtiment qui accueillit, au printemps 1898, l'avant-garde autrichienne emmenée par le peintre Gustav Klimt ».

⁶²¹ N. HEINICH, *Le triple jeu de l'art contemporain*, Les Editions de Minuit, 1998, p. 24

⁶²² B. EDELMAN, « La création dans l'art contemporain », *Dalloz* 2009, p. 38 et suiv. : pour les créateurs concernés « *la forme que peut prendre l'idée est négligeable* »



création est rejetée par certains artistes⁶²³, parfois même, l'œuvre est œuvre parce qu'elle a été identifiée comme œuvre d'art par un artiste⁶²⁴. Ainsi, l'objet devient création car il résulte d'un choix par l'artiste « *dans un contexte qu'il a déterminé et la fonction qu'il lui assigne* »⁶²⁵. L'originalité de l'œuvre réside alors dans l'idée. La question s'est alors posée de savoir comment protéger ces créations, leur qualité de création étant parfois remise en cause⁶²⁶.

Le droit a d'abord posé une exigence : c'est celui qui réalise l'œuvre qui en est l'auteur⁶²⁷. On peut pourtant remarquer que le choix révèle « *l'individualité de l'artiste dans l'œuvre, sa Personnalité* »⁶²⁸, même si l'artiste ne crée pas à proprement parler. La liberté de création s'étend ainsi, même si la protection par le droit de telles œuvres est difficilement envisageable⁶²⁹.

118. Refus de la protection des idées. Ensuite, l'idée seule n'est pas protégeable. Cela a été réaffirmé par la jurisprudence lors des affaires Christo. Ce dernier était reconnu pour son style particulier. Ses créations consistaient en l'emballage de monuments⁶³⁰. Lors d'une première affaire opposant Christo à un tiers reprenant son idée⁶³¹, en date du 13 mars 1986,

⁶²³ N. HEINICH, *op. cit.*, p. 169

⁶²⁴ S. LEQUETTE – DE KERVENOAËL, *L'authenticité des œuvres d'art*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, tome 451, 2006, n°90, p. 85, n°88 ; N. HEINICH, *op. cit.* p. 196-190 : « *la personnalisation de l'œuvre tend à se déplacer vers la signature, le nom de l'artiste assurant de plus en plus la nécessaire particularisation de la création* ». Ainsi, l'authenticité de l'œuvre relève de la signature d'un certificat « permettant l'attribution de l'œuvre : Voir N. WALRAVENS, « Tableau-piège et délégation de l'exécution de l'œuvre : le droit piégé par l'art contemporain », *RLDI*, n°14, mars 2006, act. 394, p. 10. L'auteur fait référence aux « brevets de garantie » créés par Daniel Spoerri

⁶²⁵ N. WALRAVENS, « La remise en cause des notions traditionnelles d'auteur et d'œuvre de l'esprit », in *L'art contemporain confronté au droit. Actes du séminaire du 8 juin 2006, Université Panthéon-Assas*, www.artdroit.org, septembre 2006, p. 13

⁶²⁶ J.-Ch. GALLOUX : « Exceptions et limitations au droit d'auteur : exception française ou paradoxe français ? », in Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R. HILTY, *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, éd. Litec, 2007, p. 331 : « *les créateurs revendiquent eux-mêmes* » la « *négaration de la création* ».

⁶²⁷ Affaire Vasarely, TGI Paris, 21 juin 1983, Dalloz 1984, IR 268, obs. C. COLOMBET, citée par B. EDELMAN, *Dalloz* 2009, p. 263 ; cass. 1^{re} civ., 15 novembre 2005 ; n°03-20.597, comm. N. WALRAVENS, « Tableau-piège et délégation de l'exécution de l'œuvre : le droit piégé par l'art contemporain », *RLDI*, n°14, mars 2006, act. 394, p. 6 et suiv.

⁶²⁸ N. WALRAVENS, « La remise en cause des notions traditionnelles d'auteur et d'œuvre de l'esprit », in *L'art contemporain confronté au droit. Actes du séminaire du 8 juin 2006, Université Panthéon Assas*, disponible sur le site www.artdroit.org, septembre 2006, ce séminaire : <http://www.artdroit.org/pdf/Actes%20du%20S%20E9minaire%20Art%20et%20Droit%20du%208%20juin%202006.pdf> p. 13 et suiv., spéc. p. 15, consulté le 29 décembre 2012

⁶²⁹ N. WALRAVENS, *op. cit.* p. 15 : L'individualité de l'artiste ainsi caractérisée « *signale ainsi une approche de la création moins matérialiste, qui ouvre la voie à la liberté créatrice de l'artiste* ».

⁶³⁰ D'autres artistes sont également associés à leur style : le cubisme pour Picasso, contre l'appropriation du cubisme : TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} section, 3 juin 1998, *Gazette du Palais* 1998, somm. p. 689. En l'espèce, les juges ont estimé qu'il y avait un préjudice moral causé aux héritiers du peintre, réparé sur le fondement de l'article 1382 du code civil.

⁶³¹ Paris, 13 mars 1986, *Dalloz* 1987, Somm. 150, obs. C. COLOMBET.



les juges ont cependant considéré que l’emballage du pont neuf constituait une œuvre originale. Mais c’est la matérialisation et non le style de l’artiste, qui a été protégée⁶³².

En revanche, lors d’une seconde affaire à propos de l’emballage de monuments, il a été admis qu’un publicitaire pouvait reprendre l’idée d’emballer des monuments et des arbres. L’idée d’emballer des objets, le *land art* de Christo n’est pas protégeable en tant que tel⁶³³. En l’espèce, Christo avait voulu en vain faire protéger son idée qui consistait à emballer les monuments, c’est-à-dire le genre qu’il avait créé et s’était opposé à une campagne publicitaire dans laquelle des ponts et des arbres étaient emballés⁶³⁴.

119. Protection d’une œuvre constituée par l’assemblage entre un lieu et un mot.

Le style n’est donc pas protégeable. Mais, cette solution a été nuancée par les juges de la cour de cassation dans un arrêt du 13 novembre 2008, qui ont accordé la protection par le droit d’auteur à une création pour le moins minimaliste⁶³⁵. En effet, il semble que ce qui a été protégé, c’était l’idée d’inscrire des mots qui sont en contradiction avec le lieu dans lequel ils sont écrits. C’est ce qu’a affirmé A. BENSAMOUN, pour laquelle c’est l’idée, le « *détournement du sens commun du mot « paradis » qui fait tout l’intérêt de la création* »⁶³⁶. Il s’agirait alors plus d’un concept que d’une œuvre, dans la mesure où c’est davantage l’idée associée à la notoriété de l’artiste qui a justifié la reconnaissance d’une création formelle dans cet arrêt⁶³⁷. Le droit a été ici adapté aux créations, il est cependant difficile d’affirmer que le concept est protégeable, puisque les juges se sont attaché à la réalisation de l’idée pour affirmer qu’il s’agissait d’une œuvre de l’esprit.

Cette question a été posée à l’occasion d’une affaire opposant un artiste revendiquant un droit d’auteur sur sa création et un artiste ayant utilisé cette création dans l’une de ses œuvres – un triptyque - sans lui en demander son consentement. Celui-ci a intenté une action en

⁶³² B. EDELMAN, « Un arrêt énigmatique », *Dalloz* 2009, p. 263, n°6

⁶³³ N. HEINICH, *Le triple jeu de l’art contemporain*, Les Editions de Minuit, 1998, p. 168, à propos de TGI Paris, 26 mai 1987, *Dalloz*, 1988, somm. 201, observation C. COLOMBET

⁶³⁴ B. EDELMAN, « Un arrêt énigmatique », *Dalloz* 2009, p. 263, n°6

⁶³⁵ Affaire Paradis : Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2008, n° 06-19021, com. *Légipresse*, n°258, janvier-février 2009, I, p. 15 ; C. CARON, « l’art conceptuel au paradis de la Cour suprême », *Communication commerce électronique*, n°1, janvier 2009, comm. 1 ; E. TREPPOZ, « « La nouvelle Eve » au « Paradis » du droit d’auteur, suite et fin ! », *Dalloz*, 2009, p. 266

⁶³⁶ A. BENSAMOUN, « Portrait d’un droit d’auteur en crise », *RIDA*, n° 224, avril 2010, p. 3 et suiv., spéc. p. 71, n°31

⁶³⁷ La cour de cassation a pris en considération le style artistique « soit la manière particulière de pratiquer son art » de l’auteur et le « statut d’un artiste reconnu par le milieu artistique » de Jakob Gautel : M. CAUVIN, « Les concepts du droit d’auteur dans l’enfer de l’art conceptuel... » - (à propos de l’arrêt Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2008) », *comm. comm. électr.*, n°9, septembre 2009, étude n° 20, n°1



contrefaçon à l'encontre de l'artiste, de la maison d'éditions ayant publié l'ouvrage dans lequel était reproduit le triptyque, et de la galerie l'ayant exposé. Ce qui a posé problème c'est la qualification d'œuvre de ce qu'avait fait Jakob Gautel. En effet, celui-ci s'était contenté d'apposer le mot Paradis « *au-dessus de la porte des toilettes de l'ancien dortoir des alcooliques de l'établissement* »⁶³⁸.

En première instance, les juges ont affirmé que Paradis relève bien du style artistique de l'artiste. Il s'agit d'un concept, en l'occurrence celui de « *réinterpréter l'espace* »⁶³⁹. Les juges ont d'ailleurs évoqué les autres œuvres de l'artiste⁶⁴⁰ pour constater que Paradis entrait dans sa démarche artistique, lui conférant une légitimité⁶⁴¹. La restriction à la liberté de création, à partir de telles œuvres, résulterait donc partiellement de la démarche artistique, qui permettrait d'évaluer si une telle production est ou non une œuvre protégeable au sens du droit d'auteur. Cela résulte de la difficulté d'appréhender les œuvres d'art contemporain.

En cassation, confirmant les juges du fond, les juges ont donc recherché si l'idée était matérialisée. Ainsi, ils ont constaté que l'inscription Paradis était apposée « *en lettres dorées avec effet de patine et dans un graphisme particulier, sur une porte vétuste, à la serrure en forme de croix, encastrée dans un mur décrépi dont la peinture s'écaille, que cette combinaison implique des choix esthétiques traduisant la personnalité de l'auteur* ». Les choix en question sont donc susceptibles d'être la manifestation de la liberté de création de l'artiste, ils révèlent la liberté de création de l'artiste⁶⁴².

Les juges ont donc estimé qu'il ne s'agissait pas que d'un concept et « *que de ces constatations et appréciations souveraines faisant ressortir que l'approche conceptuelle de l'artiste, qui consiste à apposer un mot dans un lieu particulier en le détournant de son sens commun, s'était formellement exprimée dans une réalisation matérielle originale* ».

E. ANDRIEU estime que la perception qu'en ont les juridictions est en décalage par rapport au monde de l'art. Il eut mieux valu, pour lui, admettre de protéger l'idée plutôt que de trouver une forme originale, fiction dans ce cas. Il semblerait que cela prendrait en compte l'évolution de l'art⁶⁴³. Cependant, la liberté du créateur dans ses choix artistiques, qu'il matérialise, même si la mise en œuvre est faible, semble être suffisante. Pour N.

⁶³⁸ Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2008, n°06-19.021, JurisData n°2008-045778

⁶³⁹ B. EDELMAN, « La création dans l'art contemporain », *Dalloz*, 2009 p. 38 et suiv.

⁶⁴⁰ L'artiste avait également inscrit « ma colère » sur une tombe, ou encore « ma solitude » au-dessus d'une fenêtre

⁶⁴¹ N. WALRAVENS, « Paradis, œuvre in situ, admise dans le champ de protection du droit d'auteur », *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, n°16, mai 2006, chronique p. 6 et suiv.

⁶⁴² N. WALRAVENS, « Tableau-piège et délégation de l'exécution de l'œuvre : le droit piégé par l'art contemporain », *RLDI*, n°14, mars 2006, act. 394, p. 10

⁶⁴³ E. ANDRIEU, « Les idées ne sont pas de libre parcours », *Légipresse*, n°259, mars 2009, I, p.23



WALRAVENS, « *il s'agit plutôt d'aborder l'œuvre d'art contemporaine de manière moins matérialiste en tenant compte des éléments intangibles, mais néanmoins perceptibles, qui la constituent* ». ⁶⁴⁴

Si les créations d'art contemporain ne sont qu'un exemple de la remise en cause des critères classiques du droit d'auteur, la catégorie des œuvres de l'esprit a été bien plus étendue avec l'apparition de techniques pour lesquelles le droit d'auteur n'avait pas été conçu (2).

2. L'extension de la catégorie des œuvres de l'esprit

120. Les nouveaux objets du droit d'auteur. Les œuvres de l'esprit ont peu à peu accueilli les logiciels⁶⁴⁵, les créations de mode, de *design*, les bases de données... Le fait que certaines de ces œuvres ont pu être considérées comme originales a entraîné une modification du critère classique de l'originalité dont les conséquences ne sont pas sans importance sur la liberté de création.

Depuis une trentaine d'années, on assiste à une accélération de l'évolution du droit d'auteur. « *La révolution industrielle qui s'est produite dans la culture* » a conduit à une modification telle du droit d'auteur, qu'elle a été qualifiée de « *changement de paradigme de la nature du droit d'auteur* »⁶⁴⁶.

L'évolution est néanmoins ancienne, d'une part parce que le droit d'auteur a depuis longtemps vocation à s'appliquer au domaine industriel, d'autre part parce que toutes les œuvres, y compris celles qui ne présentent que peu d'originalité, sont protégeables.

121. L'originalité et œuvres d'art appliqué. L'extension de la protection au domaine industriel est néanmoins à l'origine d'un problème ancien. En raison de la théorie de l'unité de l'art⁶⁴⁷ le critère d'originalité est depuis longtemps réévalué pour être appliqué aux

⁶⁴⁴ N. WALRAVENS, « La remise en cause des notions traditionnelles d'auteur et d'œuvre de l'esprit », in *L'art contemporain confronté au droit. Actes du séminaire du 8 juin 2006, Université Panthéon-Assas*, www.artdroit.org, septembre 2006, p. 15

⁶⁴⁵ Par la loi du 3 juillet 1985

⁶⁴⁶ B. EDELMAN, « Propriété littéraire et artistique. Droit d'auteur. Nature du droit d'auteur », juriscasseur propriété littéraire et artistique, fasc. 1112, p. 14, n°80 ; A. DIETZ, « Mutation du droit d'auteur : changement de paradigme en matière de droit d'auteur ? », *RIDA* 1988, n° 138, p. 23 et suiv. ; Ch. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, Paris, 2004, p. 267, n° 307 ; F. SIIRIAINEN, « Propriété intellectuelle et concurrence. Problématique de la convergence », in *La propriété intellectuelle entre autres droits*, sous la dir. de J.-M. BRUGUIERE, Dalloz, 2009, p. 36

⁶⁴⁷ La théorie de l'unité de l'art a été consacrée par la loi du 11 mars 1902.



œuvres⁶⁴⁸. Ainsi la protection des dessins et modèles, en tant qu'œuvre de l'esprit a contribué à la modification du critère de l'originalité⁶⁴⁹. En effet, pour ces œuvres, il est parfois (souvent) impossible de respecter ce critère dans son acception classique. Ainsi, l'originalité comme empreinte de la personnalité de leur auteur a pu être perçue par les juges pour un panier à salade ou un décapsuleur⁶⁵⁰.

En effet, cette dérive résulte de la proximité des concepts de nouveauté et d'originalité⁶⁵¹. Et la protection est alors, pour certains, accordée non à une création originale mais à un « travail »⁶⁵².

Les dessins et modèles, même s'ils sont protégés, ne sont d'ailleurs pas considérés comme des « créations artistiques »⁶⁵³. Il est certain que l'on peut se demander si certaines créations, en raison de leur faible originalité⁶⁵⁴ peuvent être qualifiées d'œuvres⁶⁵⁵, et donc des créations protégeables par le droit d'auteur. Une autre dimension est alors prise en compte. En effet, ce n'est plus la personnalité de l'auteur qui fait que la forme du dessin ou du modèle est originale, mais une protection efficace vis-à-vis des concurrents : le beau et le fonctionnel sont alors conciliés de manière optimale pour y arriver⁶⁵⁶, limitant ainsi la liberté de création des tiers. C'est une solution cependant admise, même si elle est parfois discutée⁶⁵⁷. Si certains

⁶⁴⁸ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., Paris, 2012, n° 115, p. 126 : la théorie de l'unité de l'art a « contribué à brouiller la notion d'originalité ».

⁶⁴⁹ *Ibid.*

⁶⁵⁰ Exemples de ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2009, 2^e édition, p. 70, n° 83 : respectivement cass. crim., 2 mai 1961, Dalloz 1962, jurispr. P. 163, note P. GREFFE ; JCP G 1961, II, 12242, note RAYMOND ; RTD com 1961, p. 834, obs. P. ROUBIER et A. CHAVANNE ; et cass. crim., 9 octobre 1974, RIDA 1975, n° 85, p. 176

⁶⁵¹ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *op. cit.* n° 115, p. 126

⁶⁵² P. GAUDRAT, « 2. Propriété des créations : l'auteur mutant », in L. SFEZ, *Dictionnaire critique de la communication*, tome II, 1993, p. 1240 et suiv., spéc. p. 1242

⁶⁵³ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, précis Dalloz, 2^e édition, 2012, n° 113, p. 129

⁶⁵⁴ Pour F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 127 et s., spéc. n° 134 : « l'originalité est une notion cadre, souple ou floue ». V.-L. BENABOU, « L'étendue de la protection par le droit d'auteur en France. Situation et propositions », in Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R. HILTY, *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, éd. Litec, 2007, p. 182 considère que l'originalité est une « notion à géométrie variable ».

⁶⁵⁵ Par exemple : « L'originalité est rarement appréciée avec sévérité : il suffit que la reproduction d'un objet existant ne soit pas servile et que l'on puisse déceler l'empreinte de la personnalité de l'auteur » : A. BERTRAND-DOULAT, M. VIVANT (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, éd. Ellipses, Paris, juillet 1997, p. 62

⁶⁵⁶ A. BERTRAND-DOULAT, M. VIVANT (dir.), *op. cit.*, p. 60

⁶⁵⁷ Voir à ce sujet notamment J.-M. BRUGUIERE, « Propos introductifs » in *La propriété intellectuelle entre autres droits*, sous la dir. de J.-M. BRUGUIERE, Dalloz, 2009, p. 6 : « L'on sait que ce droit [la propriété intellectuelle] est allé beaucoup trop loin dans la protection. Ceci résulte notamment du laxisme du juge dans l'appréciation de certains concepts fondamentaux, l'originalité notamment ».



considèrent que la jurisprudence à ce sujet est « *éparse et échappe à toute tentative de rationalisation* »⁶⁵⁸, il existait une certaine unité⁶⁵⁹.

122. De l'originalité à la nouveauté. Elle a conduit cependant à l'adaptation par les juges du critère classique du droit d'auteur : l'originalité⁶⁶⁰. Celle-ci repose sur une approche subjective⁶⁶¹. Pour déterminer si la création est protégeable, les juges vérifient si celle-ci reflète la personnalité de son auteur. Or en matière de dessins et modèles, les juges apprécient l'originalité objective de l'œuvre de l'esprit, c'est-à-dire l'absence d'antériorité⁶⁶². Pour cela, c'est l'apport original⁶⁶³, voire la nouveauté⁶⁶⁴ qui sont recherchés⁶⁶⁵.

Il faut toutefois préciser que cette question n'est pas tranchée et que les juges dans de nombreux cas ont refusé d'assimiler l'originalité à la nouveauté⁶⁶⁶.

En effet, le critère classique est difficile à mettre en œuvre, la recherche de l'empreinte de la personnalité de l'auteur est peu conforme à la réalité lorsqu'il s'agit de créations utilitaires.

Tous les dessins et modèles ne sont pas protégeables par le droit d'auteur. Pour rendre compte de la jurisprudence, A. LUCAS et P. SIRINELLI estiment ainsi que l'œuvre est originale lorsque le « *créateur a pu déployer le minimum de fantaisie inhérent à toute création littéraire ou artistique, en échappant aux contraintes de la technique* »⁶⁶⁷.

⁶⁵⁸ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2009, 2^e éd., p.128, n°166

⁶⁵⁹ P. GAUDRAT, « 2. Propriété des créations : l'auteur mutant », in L. SFEZ, *Dictionnaire critique de la communication*, tome II, 1993, p. 1240 et suiv., spéc. p. 1242

⁶⁶⁰ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, précis Dalloz, 2^e édition, 2012, n° 247 et s. ; F. SIIRIAINEN, « Libres propos et pensées sur la notion d'œuvre protégée et sa fonction... », *propriété industrielle*, n°10, octobre 2010, dossier 9 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 127 et s. ; Ch. CARON, *op. cit.* n° 77 et s.

⁶⁶¹ Ch. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, Paris, 2004, p. 213, n° 237

⁶⁶² A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., Paris, 2012, n° 115 p. 126

⁶⁶³ Ch. CARON, *op. cit.* p. 127, n°166

⁶⁶⁴ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *op. cit.* n° 115 p. 126 à propos des juges qui n'ont pas hésité « à ramener l'originalité à la nouveauté, définie de manière objective comme l'absence d'antériorité ». Il cite : plusieurs arrêts, notamment TGI Paris, 3^e ch. 17 décembre 2002, commenté par B. EDELMAN, *Dalloz* 2003, 2089 ; X. DAVERAT, « Sur une généralisation du droit d'auteur », *JCP G*, n°52, 24 décembre 1997, II, 22973

⁶⁶⁵ Différenciant ainsi le critère selon le type de l'œuvre.

⁶⁶⁶ cass. 1^{re} civ., 23 février 1994, bull. 1994, I, n°79, p. 61. Cass. 1^{re} civ., 11 févr. 1997 ; 1^o Sté Zip Zag : *JCP G* n°52, 24 décembre 1997, II 22973, X. DAVERAT ; *JCP G*, avril 1997, n° 14, IV, n° 757 ; *JCP E* 3 avril 1997, n° 14 panorama n° 342 ; *Gazette du Palais* 1998, 1^{er} semestre, somm. et notes, n°200, p. 88, j. n°8, p. 24 du 8 janvier 1998 ; F. GREFFE, *Dalloz* 1998, jurisprudence p. 290

⁶⁶⁷ A. LUCAS et P. SIRINELLI, « L'originalité en droit d'auteur », *JGP éd. G*, 1993, n°23, I doctrine n°3681, p. 255, n°10. Voir également F. SIIRIAINEN, « Libres propos et pensées sur la notion d'œuvre protégée et sa fonction... », *propriété industrielle*, n°10, octobre 2010, dossier 9, n°15



123. La protection des créations logicielles. Plus récemment, d'autres créations, remettant en cause les oppositions des territoires du droit d'auteur et de la propriété industrielle⁶⁶⁸ bénéficient aujourd'hui d'une protection par le droit d'auteur.

La protection a été étendue à des œuvres « exclusivement » utilitaires⁶⁶⁹, grâce à la progression de la technique, comme les logiciels⁶⁷⁰. A défaut d'une protection mieux adaptée, le droit d'auteur a trouvé à s'appliquer⁶⁷¹. Cela s'explique par « *l'importance économique du secteur en question et [le] besoin de protection juridique* » dans cette industrie⁶⁷². Le droit des brevets avait été écarté. Il semble que cette protection a été accordée, d'avantage pour des raisons économiques⁶⁷³, pour des raisons d'opportunité⁶⁷⁴, que parce que le logiciel présentait les caractéristiques d'une œuvre⁶⁷⁵. Cependant aujourd'hui, les logiciels intègrent tous les domaines, la technique n'est plus uniquement protégée par le brevet.

Les juges ont recherché si les logiciels étaient originaux. Or dans son acception classique, l'originalité se comprend comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Celle-ci étant souvent difficilement perceptible dans un logiciel, une partie de la doctrine a dénoncé une « *dénaturation du critère* » de l'originalité⁶⁷⁶.

De ce fait, la soumission du logiciel au droit d'auteur a été vivement critiquée⁶⁷⁷. Ces critiques se sont tournées principalement sur le critère du droit d'auteur, l'originalité. En effet, il a été difficilement admis qu'une « *série d'instructions* » s'adressant à une machine puisse être une

⁶⁶⁸ M. VIVANT, « Pour une épure de la propriété intellectuelle », in *Propriétés intellectuelles. Mélanges en l'honneur de André FRACON*, Dalloz 2005, p. 415 et s., spéc. p. 416, n° 1.3

⁶⁶⁹ P. GAUDRAT, « 2. Propriété des créations : l'auteur mutant », in L. SFEZ, *Dictionnaire critique de la communication*, tome II, 1993, p. 1240 et suiv., spéc. p. 1242 ; S. LEMARCHAND, O. FREGET, F. SARDAIN, « Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence », *Propriétés intellectuelles*, janvier 2003, n°6, doctrine p. 11 et suiv., spéc. n° 10

⁶⁷⁰ Le logiciel a été intégré à la catégorie des œuvres de l'esprit par la loi du 3 juillet 1985, n°85-660, ce qui allait dans le sens de la jurisprudence majoritaire : Lamy, droit de l'informatique et des réseaux, 1999, n°93

⁶⁷¹ M. VIVANT, « 2. Propriété des créations : l'auteur mutant », in L. SFEZ, *Dictionnaire critique de la communication*, tome II, 1993, p. 1244 et suiv., spéc. p. 1247

⁶⁷² F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 81, p. 61

⁶⁷³ « Il fallait donc, pour secourir les entreprises (plus que les inventeurs) ayant payé fort cher des logiciels, trouver un statut qui consacre un monopole d'exploitation » : P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^e édition, 2012, n°121 p. 126 ; F. MACREZ, *Créations informatiques: bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, Litec, 2011, n°36 et suiv., p. 50 et suiv. : la reproduction de ces créations est relativement facile, alors que l'investissement est important.

⁶⁷⁴ S. LEMARCHAND, O. FREGET, F. SARDAIN, « Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence », *Propriétés intellectuelles*, janvier 2003, n°6, doctrine p. 11 et suiv., spéc. n° 10

⁶⁷⁵ Même si certains soutiennent que « *le code source d'un logiciel n'est pas sans évoquer une œuvre littéraire* » et que le langage informatique et une partition musicale supposent la même exigence d'initiation : Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2009, 2^e édition, p. 135, n°176

⁶⁷⁶ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.* n° 221

⁶⁷⁷ Par exemple : P. GAUDRAT, « objet du droit d'auteur. Œuvres protégées. Notion d'œuvre (CPI, art. L111-1, L112-1 et L112-2), *jurisclasseur propriété littéraire et artistique*, 2008, fasc. 1134, n°68, p. 12 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 216 : il qualifie le logiciel de « corps étranger ».



œuvre⁶⁷⁸. Pour bénéficier de la protection par le droit d'auteur, les logiciels doivent être originaux⁶⁷⁹. Pour cela, le critère a dû être adapté. Il est évident que l'originalité d'une œuvre technique ne peut être caractérisée⁶⁸⁰, comme une œuvre au sens classique du terme. Ce sont les choix, effectués entre plusieurs méthodes possibles, qui font qu'un logiciel peut être original⁶⁸¹. Pour certains⁶⁸², cette adaptation de l'originalité conduirait à réintroduire les critères exclus⁶⁸³ par le droit d'auteur, dans la mesure où le critère de l'originalité devrait être adapté au type de l'œuvre. Ainsi, le critère, trop accueillant⁶⁸⁴, serait mué en « *une nouveauté objective* »⁶⁸⁵. Ce que F. POLLAUD-DULIAN rejette, préférant voir « *d'une certaine manière* » la personnalité de l'auteur dans « *la création de logiciels un tant soit peu élaborée* »⁶⁸⁶. Cependant, étant donné l'aspect technique⁶⁸⁷ que revêt le logiciel, son originalité est nécessairement appréciée différemment, en l'occurrence par rapport aux « *choix effectués* »⁶⁸⁸.

Si la protection des logiciels est nécessaire, on peut se demander si les logiciels relèvent plus de l'activité inventive⁶⁸⁹ que de la création littéraire et artistique⁶⁹⁰. D'ailleurs, les logiciels,

⁶⁷⁸ Sur ces critiques : B. EDELMAN, *Propriété littéraire et artistique*, Que sais-je ?, PUF, 2008, 4^e édition, p. 75-76 ; B. EDELMAN, « Propriété littéraire et artistique. Droit d'auteur. Nature du droit d'auteur », *jurisclasseur propriété littéraire et artistique*, fasc. 1112, p. 14, n°96 et suiv. ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 221

⁶⁷⁹ Ce qui a été confirmé par la Cour de cassation, assemblée plénière, 7 mars 1986 (3 arrêts) : A. FRANCON, *Cour de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Litec, 1999, p. 184

⁶⁸⁰ Ch. CARON, *op. cit.* p. 140, n°182

⁶⁸¹ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^e édition, 2012, n°123 p. 127

⁶⁸² F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005

⁶⁸³ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.* p.161, n° 162 : « *l'exclusion du critère tiré de la destination... correspond à la volonté clairement affirmée de ne pas réserver la protection aux seules œuvres d'art pur. Au contraire, le droit d'auteur couvre toutes les œuvres, y compris les œuvres des arts appliqués à l'industrie ou encore les logiciels* ». V.-L. BENABOU, « L'étendue de la protection par le droit d'auteur en France. Situation et propositions », in Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R. HILTY, *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, éd. Litec, 2007, p. 182 ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2009, 2^e édition, p. 140, n° 182 : tout en reconnaissant que « *la prise en considération du mérite s'est imposé* », estime que cela n'est pas « *choquant* ».

⁶⁸⁴ A. BENSAMOUN, « Portrait d'un droit d'auteur en crise », *RIDA*, n° 224, avril 2010, p. 3 et suiv., spéc. p. 75, n°32

⁶⁸⁵ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.* p.161, n°221

⁶⁸⁶ F. POLLAUD-DULIAN, *ibid.* p. 158-159, n°218. L'empreinte de la personnalité est un critère inadapté dans ce cas.

⁶⁸⁷ Il est considéré comme un outil : S. LEMARCHAND, O. FREGET, F. SARDAIN, « Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence », *Propriétés intellectuelles*, janvier 2003, n° 6, doctrine p. 11 et suiv., spéc. n° 10

⁶⁸⁸ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2009, 2^e édition, p. 141, n° 182 : cela comprendrait la nouveauté et le fait que « *le programmeur a fait des choix qui révèlent sa personnalité car ils n'auraient pas pu être réalisés aisément par un autre individu* ». Les choix effectués sont également ce qui caractérise l'originalité d'un logiciel pour la jurisprudence. Voir les exemples note 303.

⁶⁸⁹ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., Paris, 2012, n° 103, p. 117 : c'est un outil. Cette qualification provient de l'ancienne édition, n° 111 : l'activité inventive correspondant à la « *finalité et l'environnement industriels de ces créations* ».



sous certaines conditions, peuvent aujourd'hui être protégés par le brevet, dans la mesure où ils sont un élément d'un procédé technique.

L'étendue de la protection du créateur du logiciel par le droit d'auteur, a été limitée, par rapport aux autres œuvres. Le législateur de 1985 a en effet posé des règles dérogatoires au droit d'auteur⁶⁹¹, réduisant le droit moral et étendant le droit patrimonial⁶⁹².

124. La prise en compte de la valeur de la création constituée par l'information susceptible de limiter la liberté de création ? La protection de l'information est problématique lorsqu'il s'agit de logiciels. La forme du programme est en effet protégeable mais pas sa « *substance* »⁶⁹³. Il semblerait pourtant que la substance est ce qui constitue la valeur de ces créations⁶⁹⁴.

Toutes les œuvres sont susceptibles d'être protégées, y compris lorsque « *l'information est prédominante* »⁶⁹⁵.

Cette notion d'information est compliquée, fuyante⁶⁹⁶.

Elle tend à être au centre des débats sur la protection pour les nouveaux types de créations. L'information serait un « *message* », un « *acte de communication* »⁶⁹⁷. Pour Ch. GEIGER, « *le créateur apporte une information* »⁶⁹⁸ à la collectivité. Mais une œuvre n'est pas que cela et ne peut être ramenée à une information⁶⁹⁹. Cela explique que toutes ne sont pas reconnues comme des œuvres, il faut en démontrer l'originalité.

⁶⁹⁰ B. EDELMAN, « Propriété littéraire et artistique. Droit d'auteur. Nature du droit d'auteur », jurisclasseur propriété littéraire et artistique, fasc. 1112, p. 14, n° 100 ; dans l'édition antérieure de leur traité : A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., Paris, 2006, n° 111 : la protection par le droit d'auteur a d'ailleurs été considérée comme une « *protection de repli* », une « *solution de compromis* ».

⁶⁹¹ Ph. GAUDRAT, « 2. Propriété des créations : l'auteur mutant », in L. SFEZ, *Dictionnaire critique de la communication*, tome II, 1993, p. 1240 et suiv., spéc. p. 1243 ; S. LEMARCHAND, O. FREGET, F. SARDAIN, « Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence », *Propriétés intellectuelles*, janvier 2003, n°6, doctrine p. 11 et suiv., spéc. n° 11 ; A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., Paris, 2006, n°111

⁶⁹² Ph. GAUDRAT, *op. cit.* p. 1244 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, p. 154, n° 143

⁶⁹³ C. FRUTEAU, « de l'exclusion des idées », in M. VIVANT, dir. *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, grands arrêts, 2004, n°6, p. 84

⁶⁹⁴ *Ibid.* : ce qui pose problème c'est qu'une personne peut conserver « *le contenu « opératoire* », les fonctions du logiciel d'origine et commercialiser ce produit parallèle sans être tenu pour contrefacteur ».

⁶⁹⁵ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2009, 2^e édition, n°135

⁶⁹⁶ M. VIVANT, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *RIDE*, 2006/4, p. 361 et suiv., spéc. p. 363, n° 2

⁶⁹⁷ Ch. GEIGER, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », *RIDE*, 2006, p. 395 (chron. P. 389)

⁶⁹⁸ Ch. GEIGER, *op. cit.*, p. 396

⁶⁹⁹ *Ibid.*



Ainsi, des dictionnaires⁷⁰⁰, des anthologies, des brochures, les cartes géographiques⁷⁰¹ ou encore des recueils d'œuvres ou de données, tels que les bases de données peuvent être considérés comme des « créations intellectuelles »⁷⁰², protégeables par le droit d'auteur. Ces œuvres, de faible originalité⁷⁰³, « ont pour vocation principale de communiquer au public des informations »⁷⁰⁴. La protection de ces œuvres informationnelles peut néanmoins poser problème, dans la mesure où l'information fait alors l'objet d'un monopole⁷⁰⁵, restreignant la liberté des utilisateurs de ces œuvres.

Pour certaines œuvres, la question de l'existence d'une création est plus discutée ou contestée. C'est le cas lorsque la création en question est protégée objectivement en raison du risque qu'a pris l'investisseur. La logique de la propriété intellectuelle, favorable à la liberté de création est alors remise en cause par l'intégration de règles restreignant la liberté du commerce et de l'industrie. La création n'est alors plus au centre, puisque c'est l'investissement qui est protégé (B).

B) De la création à l'investissement

125. La protection de l'investissement. L'une des questions essentielles aujourd'hui est celle de la protection éventuelle des investissements. Certaines œuvres sont ainsi contestées car l'aspect économique a été prépondérant lors de la protection accordée par le droit d'auteur. Cela ne correspond plus à l'idée que le droit d'auteur, dans ses grandes lignes, doit protéger la création, et donc favoriser la liberté de création. Le législateur est cependant allé encore plus loin dans la protection, en accordant un droit privatif spécifique sur les bases de données.

⁷⁰⁰ Voir notamment : Civ. 1^{re}, 20 janv. 2004, bull. civ. I, n° 22; comm. P. SIRINELLI *Dalloz* 2005, p. 1484 ; P. SIRINELLI, *Dalloz* 2004, p. 503 ; P. SIRINELLI, *Propriétés intellectuelles* 2004, n° 11, p. 647 ; A. KEREVER, « œuvres protégées sous condition d'originalité », *RIDA*, n°200, avril 2004, p. 215 ; F. SARDAIN, *JCP E* 2 décembre 2004, n° 49, p. 1925

⁷⁰¹ Voir la liste d'œuvres citée à l'article L. 112-2 CPI ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2009, 2^e édition, n°135 : les brochures notamment.

⁷⁰² Article L. 112-3 CPI : « Les auteurs de traductions, d'adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par le présent code sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale. Il en est de même des auteurs d'anthologies ou de recueils d'œuvres ou de données diverses, tels que les bases de données, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles.

On entend par base de données un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen ».

⁷⁰³ Par exemple, les anthologies et les recueils protégés par l'article L. 112-3 CPI sont des créations intellectuelles « par le choix ou la disposition des matières », l'originalité est alors ramenée à la sélection ou la présentation : A. LUCAS, J. DEVEZE, J. FRAYSSINET, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, novembre 2001, n° 584

⁷⁰⁴ Ch. CARON, *op. cit.* n° 135

⁷⁰⁵ *Ibid.*

1. Les conséquences de la prépondérance de l'aspect économique sur certaines créations

126. La protection spéciale accordée à certaines créations en raison de leur caractère technique. L'aspect économique n'est pas absent du droit d'auteur, plus particulièrement lorsque les œuvres ont une certaine utilité. En effet, la liberté de création nécessite que le créateur puisse tirer profit de sa création, ou obtenir un investissement, sans lequel la création ne pourrait exister. Cependant, cet aspect économique, s'il ne peut être occulté n'est qu'un outil pour la création.

On constate une adaptation de la protection à certaines créations. La reconnaissance en tant qu'œuvre de l'esprit des logiciels est également contestée, étant donné la faible originalité dont ils peuvent faire preuve, ainsi que l'importance du facteur économique dans ce domaine. Cet aspect du logiciel a été pris en compte par le législateur qui a limité les droits des créateurs de logiciels. Il existe pour le logiciel des règles dérogatoires au droit d'auteur. Ainsi, étant donné « *la logique d'entreprise* » des logiciels, le législateur a atténué le droit au respect de ces œuvres, qui était inadapté⁷⁰⁶. Le logiciel peut donc être adapté plus librement que s'il était protégé par le droit moral classique⁷⁰⁷. L'équilibre entre création et future création est donc adaptée au type d'œuvre.

127. Les critiques suscitées par la protection des bases de données par le droit d'auteur. Un tournant a été pris avec les bases de données. Celles-ci sont largement contestées en tant qu'œuvre. Elles ont été qualifiées de « *typique de la dérive du droit d'auteur* »⁷⁰⁸. Ce ne serait en effet plus la création mais l'investissement qui serait protégé, limitant la liberté d'utilisation afin de nouvelles créations. Pour B. EDELMAN, une base de données est une « *œuvre d'information* »⁷⁰⁹, créée par la jurisprudence, dans la mesure où elle est constituée pour cet auteur par l'agencement de l'information.

⁷⁰⁶ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2009, 2^e édition, n° 137

⁷⁰⁷ L'article L. 121-7 CPI dispose en effet que : « *Sauf stipulation contraire plus favorable à l'auteur d'un logiciel, celui-ci ne peut :*

1° S'opposer à la modification du logiciel par le cessionnaire des droits mentionnés au 2° de l'article L. 122-6, lorsqu'elle n'est préjudiciable ni à son honneur ni à sa réputation ;

2° Exercer son droit de repentir ou de retrait ».

⁷⁰⁸ B. EDELMAN, *Propriété littéraire et artistique*, Que sais-je ?, PUF, 2008, 4^e édition, p. 80

⁷⁰⁹ B. EDELMAN, *op. cit.*, p. 81



128. La protection de choix. Ce qui est protégé, ce sont les données « « *enrichies* » de façon à faciliter, en aval, la tâche de l'utilisateur »⁷¹⁰. Cela correspond à l'agencement des informations regroupées dans la base de données⁷¹¹. Cependant, pour les bases de données numériques, il est nécessaire de considérer l'ensemble⁷¹².

Elles doivent néanmoins présenter une certaine originalité, constituée « *par le choix ou la disposition des matières* »⁷¹³. Pour certains auteurs, la protection par le droit d'auteur serait de ce fait inadaptée, car cet agencement des données, exclusivement fonctionnel, devrait « *échapper au monopole d'auteur* »⁷¹⁴. Les juges européens se sont référés à la liberté de création, afin de déterminer en quoi la base de données était originale. Ainsi, la troisième chambre de la cour de justice de l'Union européenne a précisé que « *L'article 3, paragraphe 1, de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, doit être interprété en ce sens qu'une «base de données», au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, de cette directive, est protégée par le droit d'auteur prévu par celle-ci à condition que le choix ou la disposition des données qu'elle contient constitue une expression originale de la liberté créatrice de son auteur, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier* »⁷¹⁵.

Dans certains cas les bases de données ne peuvent pas être considérées comme des œuvres, quel que soit le niveau auquel l'originalité a été abaissée. Des droits *sui generis* ont donc été introduits, afin d'étendre l'action des droits de propriété intellectuelle. Ceux-ci organisent la liberté de création, mais sont également favorables à l'investissement. Ainsi, ce sont les investisseurs qui bénéficient d'un droit restreignant l'utilisation d'objets immatériels facilement reproductibles. En effet, les droits *sui generis* sur les bases de données sont destinés à protéger l'investissement (2).

⁷¹⁰ A. LUCAS, J. DEVEZE, J. FRAYSSINET, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, novembre 2001, n° 583

⁷¹¹ *Ibid.*

⁷¹² *Ibid.*

⁷¹³ Article 3.1 de la directive du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, qui dispose que « *Objet de la protection*

1. Conformément à la présente directive, les bases de données qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées comme telle par le droit d'auteur. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer si elles peuvent bénéficier de cette protection » ; souligné par Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2009, 2^e édition, n° 137 ; F. GOTZEN, « Quelques variations sur un grand thème : le droit d'auteur face à l'information scientifique », in IRPI, *La propriété intellectuelle en question(s). Regards croisés européens*, Litec, Paris, 2006, p. 45 et suiv., spéc. p. 49

⁷¹⁴ A. LUCAS, *Droit de l'information*, PUF, 1987, n°261 et 264

⁷¹⁵ CJUE, 3^e ch., 1^{er} mars 2012, affaire C-604/10, consultable sur <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d57d81eee896014e129d21ebe6ee410504.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Oa3yKe0?text=&docid=119904&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1311276>, le 19 décembre 2012



2. Le recours aux droits *sui generis* afin de protéger exclusivement l'investissement

129. Le montant des investissements comme critère de protection. Les bases de données, lorsqu'elles ne répondent pas au critère du droit d'auteur, bénéficient aujourd'hui d'une protection spécifique en raison de l'investissement réalisé⁷¹⁶. Ce n'est donc plus la création mais l'investissement qui est l'objet du droit *sui generis* sur les bases de données⁷¹⁷. Cette protection est accordée, au sein droits de propriété littéraire et artistique, par les articles L. 341-1 et s. CPI⁷¹⁸. En effet, Ch. CEIGER le précise : ce n'est pas « *le montant substantiel de créativité mais le montant substantiel des investissements qui est le critère de l'octroi d'une protection par le droit exclusif* »⁷¹⁹.

Le critère de l'investissement a même été considéré comme étant « *pour le producteur de bases de données ce que l'originalité est pour l'auteur d'œuvres de l'esprit* »⁷²⁰.

130. Cette protection reviendrait à une appropriation de l'information pour certains. Pour certains, l'objet de ce droit est l'information⁷²¹, ou encore un « *ensemble de données considérées dans leur substances* »⁷²², ou un « *volume d'informations* »⁷²³, dans la mesure où il protège le contenu de la base de données⁷²⁴ et non sa forme, la création n'étant

⁷¹⁶ M. VIVANT cite à ce propos la Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, considérant 40 : « *l'objet [du] droit sui generis est d'assurer la protection d'un investissement dans l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu d'une base de données* » : M. VIVANT, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle, *RIDE*, 2006/4, p. 380, n° 14.1 ; Ch. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, Paris, 2004, p. 268, n° 312 ; il s'agit des considérants 39 et 40, cités par ch. GEIGER, *op. cit.* p. 268, note 3, ce dernier considérant précisant que « *l'objet de ce droit sui generis est d'assurer la protection d'un investissement dans l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu d'une base de données* » ; dans le même sens : F. GOTZEN, « Quelques variations sur un grand thème : le droit d'auteur face à l'information scientifique », in IRPI, *La propriété intellectuelle en question(s). Regards croisés européens*, Litec, Paris, 2006, p. 45 et suiv., spéc. p. 49 pour lequel la logique qui a conduit à la protection des bases de données est la même que celle à l'origine des droits voisins.

⁷¹⁷ L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, n° 14, p. 31

⁷¹⁸ Article L. 341-1 CPI : « *Le producteur d'une base de données, entendu comme la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants, bénéficie d'une protection du contenu de la base lorsque la constitution, la vérification ou la présentation de celui-ci atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel.*

Cette protection est indépendante et s'exerce sans préjudice de celles résultant du droit d'auteur ou d'un autre droit sur la base de données ou un de ses éléments constitutifs ».

⁷¹⁹ Ch. CEIGER, *op. cit.* p. 91, n° 73

⁷²⁰ S. LEMARCHAND, O. FREGET, F. SARDAIN, « Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence », *Propriétés intellectuelles*, janvier 2003, n°6, doctrine p. 11 et suiv., spéc. n° 19

⁷²¹ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, manuel, 2009, 2^e éd., p. 461, n°588 ; affaire Microfor, cass. 1^{re} civ. 9 novembre 1983, une base de données a été qualifiée d' « *œuvre d'information* » au sens de l'article L.122-5 CPI.

⁷²² A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., Paris, 2006, n°1043

⁷²³ C. DOUTRELEPONT, cité par A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., Paris, 2006, n° 1043

⁷²⁴ M. VIVANT, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *RIDE*, 2006/4, p. 361 et suiv., spéc. p. 380, n° 14.1



pas l'objet de la protection⁷²⁵. Ce droit permet d'interdire l'extraction⁷²⁶. Son titulaire peut donc s'approprier la valeur économique constituée par l'ensemble informationnel⁷²⁷. De ce fait, ce droit *sui generis* viendrait mettre en place une logique de monopolisation de l'information⁷²⁸.

131. L'introduction d'une logique concurrentielle au sein de la propriété intellectuelle ? Dans ce sens, pour une partie de la doctrine, le droit *sui generis* des bases de données est une « *traduction dans le droit écrit de la jurisprudence sanctionnant le parasitisme* »⁷²⁹. Cela est à nuancer. Pour A. et H.-J. LUCAS, ce droit exclusif (droit d'interdire) ne peut en effet pas être ramené à une « *application de la théorie de la concurrence déloyale* »⁷³⁰. F. GOTZEN précise que ce n'est pas l'investissement dans son ensemble qui est pris en compte, mais l'effort qui porte sur « *la structure et la systématique d'une collection de données* »⁷³¹. L'effort pécuniaire « *consistant à trouver, établir ou vérifier les données constitutives* »⁷³² n'est pas pris en compte. Cette protection est donc limitée à ce qui est créé par l'entreprise finançant la production de la base.

De plus, l'appropriation n'est pas sur l'ensemble des données. En effet, les utilisateurs sont susceptibles d'utiliser des informations contenues dans la base. L'utilisation de celles-ci est possible s'il s'agit d'une partie « *non substantielle* » de la base⁷³³.

⁷²⁵ Ch. GEIGER, *op. cit.* p. 269, n° 312 : il parle de « *contenu informationnel* ».

⁷²⁶ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, manuel, 2009, 2^e éd., p. 519 et suiv.

⁷²⁷ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *op. cit.* n° 1147, p. 947

⁷²⁸ Ch. GEIGER, *op. cit.* p. 268, n° 310 ; M. VIVANT, *op. cit.* p. 381, n° 14.1 citant N. MALLET-POUJOL, « La directive concernant la protection juridique des bases de données : la gageure de la protection privative », *Droit de l'Informatique et des Télécoms*, 1996/1, p. 6

⁷²⁹ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, précis Dalloz, 2^e édition, 2012, n° 24, p. 39 ; M. VIVANT, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *RIDE*, 2006, p. 375, n° 12

⁷³⁰ A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., Paris, 2006, n° 1008. (Cela n'apparaît plus dans la nouvelle édition du traité).

⁷³¹ F. GOTZEN, « Quelques variations sur un grand thème : le droit d'auteur face à l'information scientifique », in IRPI, *La propriété intellectuelle en question(s). Regards croisés européens*, Litec, Paris, 2006, p. 45 et suiv., spéc. p. 50

⁷³² *Ibid.*

⁷³³ Article L. 342-3 CPI : « *Lorsqu'une base de données est mise à la disposition du public par le titulaire des droits, celui-ci ne peut interdire :*

1° L'extraction ou la réutilisation d'une partie non substantielle, appréciée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de la base, par la personne qui y a licitement accès ;

2° L'extraction à des fins privées d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu d'une base de données non électronique sous réserve du respect des droits d'auteur ou des droits voisins sur les œuvres ou éléments incorporés dans la base ;

3° L'extraction et la réutilisation d'une base de données dans les conditions définies aux deux premiers alinéas du 7° de l'article L. 122-5 ;

4° L'extraction et la réutilisation d'une partie substantielle, appréciée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de la base, sous réserve des bases de données conçues à des fins pédagogiques et des bases de données réalisées pour une édition numérique de l'écrit, à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, à l'exclusion de toute activité ludique ou récréative, dès lors que le public auquel cette extraction et cette réutilisation sont destinées est composé majoritairement d'élèves, d'étudiants, d'enseignants ou de chercheurs directement concernés, que la source est indiquée, que l'utilisation de cette



La question de ce que recouvre la création se pose par rapport à l'objet du droit d'auteur. En matière de droits voisins, il ne s'agit *a priori* pas de création, les droits voisins ne protégeant pas les créateurs (§ 2). Cependant, tout comme les auteurs, les titulaires de droits voisins participent à la création et leur protection influe sur la liberté de création.

§ 2 : les droits voisins

132. L'objet des droits voisins n'est *a priori* pas la création. Cependant une distinction doit être faite entre les interprètes et les producteurs. En effet, s'il est évident que ces derniers ne créent pas, les interprètes, eux, sont susceptibles de créer à partir d'une œuvre préexistante (A). Leur protection est cependant limitée, puisque l'interprétation doit être originale. A défaut, lorsque l'interprétation est interchangeable, son utilisation est libre. L'interprète peut également défendre son droit face aux autres acteurs de la création. Les producteurs et diffuseurs ne créent pas. Ils jouent cependant un rôle important dans la création, puisqu'ils permettent à certaines créations d'exister, et sont donc bénéfiques à la liberté de création. Leurs intérêts sont donc pris en compte par les droits de propriété intellectuelle (B).

A) Les interprètes

133. Les titulaires de droit. Les interprètes regroupent plusieurs métiers : « *les musiciens d'orchestre, les chanteurs, les acteurs, les récitants, les danseurs* »⁷³⁴.

Plus généralement, d'après l'article L. 212-1 du code de propriété intellectuelle, un interprète est celui qui « *représente, chante, récite, déclame, joue ou exécute de toute autre manière une œuvre littéraire ou artistique, un numéro de variétés, de cirque ou de marionnettes* ».

134. Interprétation et création. On peut se demander si les interprétations sont des créations. Cela a été parfois reconnu par la jurisprudence, les juges ayant accordé des droits d'auteur à des interprètes (1). Plus largement, les interprétations protégées par les droits voisins sont susceptibles d'être des créations (2). Néanmoins il faut préciser que, même si on l'admet, ces créations dépendent d'une autre œuvre, originaire.

extraction et cette réutilisation ne donne lieu à aucune exploitation commerciale et qu'elle est compensée par une rémunération négociée sur une base forfaitaire.

Toute clause contraire au 1° ci-dessus est nulle.

Les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de la base de données ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du producteur de la base ».

⁷³⁴ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica 2005, n° 1579, p. 919



1. La reconnaissance pour certains interprètes de leur qualité de créateur au sens du droit d'auteur

135. Les catégories touchées et les conditions de la reconnaissance. Le fait que certains interprètes font des créations est un problème qui a été soulevé à propos des acteurs de cinéma ou encore des metteurs en scène⁷³⁵. Pour certains, une telle solution n'est pas envisageable, car l'interprétation ne se suffit pas à elle-même ; elle dépend des œuvres qui sont créées par autrui⁷³⁶. Ces auteurs exigent un degré de créativité élevé. Pour un chef d'orchestre, il n'y aurait création que lorsqu'il réalise un arrangement de l'œuvre⁷³⁷. C'est ainsi que, pour ces derniers⁷³⁸, une mise en scène n'est pas non plus une création. En effet, non seulement une mise en scène ne peut être une œuvre de l'esprit, mais en outre, il ne peut s'agir de création que lorsque le metteur en scène « *adapte le texte et devient lui-même l'auteur d'une œuvre dérivée* », en apportant des modifications significatives telles que des ajouts ou suppressions de texte, de musique par exemple. Seule une adaptation serait alors susceptible d'être une création⁷³⁹.

La remise en cause de cette affirmation et donc l'affirmation d'un droit propre s'est posée notamment pour ces metteurs en scène de théâtre ou d'opéra. Ceux-ci, bien qu'interprétant l'œuvre préexistante, disposent d'une certaine liberté. De plus ici, ce qui est examiné par les juges c'est si l'interprétation peut être une œuvre de l'esprit, et non pas une création protégeable.

136. La liberté de création de l'interprète limitée par le respect de l'œuvre préexistante. En effet, un interprète n'a pas la même liberté que le créateur d'une œuvre de l'esprit, dans la mesure où il doit respecter l'œuvre préexistante. Tout comme pour les auteurs d'œuvres composites, tels que les traducteurs, sa marge de création est réduite⁷⁴⁰.

⁷³⁵ A. FRANCON, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Litec, Les cours de droit, 1999, p. 186

⁷³⁶ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica 2005, n° 1587, p. 923

⁷³⁷ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n° 1586, p. 922

⁷³⁸ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n° 1586 et H. DESBOIS, *Traité*, 3^e édition, n° 184-185

⁷³⁹ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.* n° 168, p. 127

⁷⁴⁰ P. TAFFOREAU, « La notion d'interprétation en droit de la propriété littéraire et artistique », *Propriétés intellectuelles*, janvier 2006, n° 18, doctrine p. 51



Pour ceux qui estiment que la création protégeable ne peut être qu'œuvre de l'esprit, un chanteur ne peut créer, même si sa personnalité est perceptible dans son interprétation. Cela semble d'ailleurs paradoxal, lorsque l'on pense au critère classique de l'originalité⁷⁴¹.

137. L'évolution de la protection des metteurs en scènes. En ce qui concerne les metteurs en scène, on peut estimer que c'est la vision originale, laquelle tend à influencer la compréhension de l'œuvre par les spectateurs, qui peut être considérée comme œuvre de l'esprit. Pendant longtemps, les tribunaux se sont montrés réticents à considérer qu'un metteur en scène puisse être un « *auteur à part entière* »⁷⁴². Puis, il a été admis qu'une mise en scène pouvait être une œuvre⁷⁴³, dans la mesure où le metteur en scène donne les instructions « *notamment sur la composition des différents tableaux, la nature des décors, le choix et l'emplacement des accessoires, et également l'entrée, la sortie et le comportement des interprètes, ainsi que sur le ton et le rythme des paroles qu'ils ont à prononcer* ». La qualité d'auteur a ensuite été reconnue à plusieurs reprises au metteur en scène, lorsque sa mise en scène était originale⁷⁴⁴.

Cette reconnaissance de la mise en scène comme une création protégeable par le droit d'auteur est aujourd'hui accueillie favorablement⁷⁴⁵. Les metteurs en scènes ne sont alors pas rattachés à la catégorie des artistes-interprètes⁷⁴⁶.

Cet exemple des metteurs en scène est particulier parce que la doctrine comme la jurisprudence se sont attachées à montrer qu'une mise en scène pouvait être une œuvre originale. Sans nécessairement essayer de faire entrer les interprétations dans la catégorie des

⁷⁴¹ Ainsi, pour X. DAVERAT : « *Même si son intensité et son champ peuvent être discutés, l'existence d'un droit moral de l'artiste-interprète scelle la reconnaissance d'une création de nature artistique* » : X. DAVERAT, « Droits voisins du droit d'auteur. Nature des droits voisins », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1410, n°12. Dans le sens du refus du critère de l'originalité au sens du droit d'auteur, mais plutôt comme « *renforçant le caractère personnel de [l'interprétation] et permettant d'éviter une protection trop systématique par les droits voisins* » : A.-E. KAHN, « Droits voisins du droit d'auteur. Droits des artistes-interprètes. Définition de l'artiste-interprète (CPI, art. L. 212-1) », *JurisClasseur propriété littéraire et artistique*, fasc. 1425, 2010, n°49

⁷⁴² B. EDELMAN, « Le droit moral du metteur en scène de théâtre », *Dalloz*, 1997, p. 357

⁷⁴³ CA Paris, 8 juillet 1971

⁷⁴⁴ M. CORNU, I. de LAMBERTERIE, P. SIRINELLI, C. WALLAERT (sous la dir.) *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, éd. CNRS éditions 2003, p. 93. La protection par le droit d'auteur a été ouverte à d'autres interprètes : à un illusionniste (TGI Paris, 20 décembre 1996, D. Copperfield : *RIDA* 1997, n° 173, p. 351), à un numéro de music-hall (Trib. cor. Seine, 9 février 1957 : *JCP G* 1957, II, 10031, confirmé par CA Paris, 3 mars 1958 : *Dalloz* 1958, somm. p. 159) : X. DAVERAT, *op. cit.* n°10

⁷⁴⁵ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Précis Dalloz, 2^e édition, 2012, p. 184, n° 191

⁷⁴⁶ M. CORNU, I. de LAMBERTERIE, P. SIRINELLI, C. WALLAERT (sous la dir.), *op. cit.* p. 93



œuvres de l'esprit, on peut se demander si elles peuvent néanmoins être considérées comme des créations.

2. Le degré dans l'interprétation, limite à la reconnaissance d'une création

138. L'interprétation protégeable comme création. Une interprétation peut être reconnue comme une création⁷⁴⁷. Ainsi, P. TAFFOREAU estime qu'il s'agit de « *créations d'un type particulier, différentes et voisines des œuvres* »⁷⁴⁸. C. COLOMBET allait déjà dans ce sens, en affirmant que « *la formule qui peut rallier le maximum de suffrages et en contient la définition [de l'interprétation] paraît bien être celle de créations, par des artistes, ayant un caractère personnel* »⁷⁴⁹.

Cependant, la création de l'interprète peut être différenciée de celle préexistante : P. TAFFOREAU propose ainsi de distinguer l'œuvre première de l'interprétation en considérant que cette dernière création, « *s'incarne dans une forme et cette forme est différente de celle de l'œuvre* ». Il prend comme exemple celui de l'œuvre musicale, écrite sous forme de partition, dont la « *forme sonore (...) est à la fois celle de l'œuvre elle-même et celle de l'interprétation* ». ⁷⁵⁰

139. L'insuffisance de liberté de l'interprète comme limite à la protection. Toutes les interprétations ne sont cependant pas susceptibles d'être considérées comme des créations protégeables. Ainsi, il n'y a pas création, lorsque la personne se borne à une simple exécution ou à un rôle purement technique⁷⁵¹. Si toutes les interprétations sont protégées par le droit voisin, qu'elles soient « *brutes, banales ou remarquables* »⁷⁵², une distinction existe entre les artistes de complément et les artistes-interprètes. Ainsi, l'article L. 212-1 CPI⁷⁵³ exclut de la protection « *l'artiste de complément, considéré comme tel par les usages professionnels* »,

⁷⁴⁷ Voir notamment X. DAVERAT, « Droits voisins du droit d'auteur. Nature des droits voisins », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1410, n°8 : « *les interprètes sont des créateurs menant une activité de nature artistique* ».

⁷⁴⁸ P. TAFFOREAU, « La notion d'interprétation en droit de la propriété littéraire et artistique », *Propriétés intellectuelles*, janvier 2006, n°18, doctrine p. 50 et suiv.

⁷⁴⁹ C. COLOMBET, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde, approche de droit comparé*, Litec 1990, p. 119 ; B. EDELMAN, opposant les interprètes aux producteurs, dont le « travail » est « non créatif » admet que les interprétations sont susceptibles de comporter une part de création : « *Les prestations des artistes sont de nature artistique, voire comportent une part de créativité spirituelle* » : B. EDELMAN, *La propriété littéraire et artistique*, PUF, Que sais-je ?, 2008, 4^e éd., p. 100

⁷⁵⁰ P. TAFFOREAU, *op. cit.* p. 52

⁷⁵¹ *Ibid.* L'auteur compare la distinction entre la création et le savoir-faire en droit d'auteur et la création d'un interprète et la prestation d'un artiste de complément.

⁷⁵² Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, manuel, 2009, 2^e éd., n° 569

⁷⁵³ Art. L. 212-1 CPI : « *A l'exclusion de l'artiste de complément, considéré comme tel par les usages professionnels, l'artiste-interprète ou exécutant est la personne qui représente, chante, récite, déclame, joue ou exécute de toute autre manière une œuvre littéraire ou artistique, un numéro de variétés, de cirque ou de marionnettes* ».



comme le figurant ou celui « *qui a moins de treize lignes à lire* »⁷⁵⁴. L'apport de celui-ci est également apprécié par rapport à l'originalité de son interprétation. Ainsi, la jurisprudence a pris en compte le fait que la personnalité de l'artiste « *ne transparaît pas* »⁷⁵⁵ pour refuser la qualité d'artiste interprète à cet artiste. Inversement, les juges ont pu constater la « *contribution originale et personnelle en qualité d'actrice, caractérisant ainsi sa qualité d'artiste-interprète* »⁷⁵⁶ qu'une interprète apportait au film pour la faire bénéficier des droits voisins.

140. La limitation de la protection des artistes interprètes favorable à la liberté de création des tiers. La protection des artistes interprètes ne doit pas non plus limiter excessivement la liberté de création des auteurs de l'œuvre. Dès lors, lorsque l'interprétation porte sur un élément (non protégeable) d'une création et qu'elle ne peut être considérée comme originale, elle n'est pas protégée. Ainsi, dans un arrêt du 17 mars 2011, les juges ont écarté la qualification d'auteur interprète à l'artiste en question. Celle-ci devait prononcer la phrase « *parlons-nous* » dans une bande-annonce de programme radiophonique. Les juges ont tout d'abord relevé que la prestation ne représentaient qu'une infime partie de la bande-annonce à laquelle étaient intégrés de nombreux autres éléments sonores, qu'elle était accessoire. Ils ont de plus retenu que la « *personnalité ne transparaît pas dans sa prestation* », et qu'enfin, la prestation n'était pas originale, en raison de la banalité et de la concision de la phrase, qui, « *en elle-même ne peut être considérée comme une œuvre originale* »⁷⁵⁷.

Contrairement aux interprètes, les autres bénéficiaires de droits voisins, les producteurs, ne sauraient être considérés comme des créateurs. Ils sont en périphérie de la création. Le rôle du producteur a cependant une incidence dans la liberté de création des créateurs, par le financement et la diffusion des créations (B).

⁷⁵⁴ Ch. CARON, *op. cit.* n° 571

⁷⁵⁵ CA Paris, 18 février 1993, note I. WEKSTEIN-STEG, « La définition de l'artiste de complément », *Dalloz*, jurispr. p. 397 : « *l'artiste de complément se distingue de l'artiste-interprète dans une œuvre déterminée non seulement par le caractère complémentaire, accessoire de son rôle, mais surtout par le fait que sa personnalité ne transparaît pas dans sa prestation, à la différence de l'artiste-interprète qui s'investit plus complètement et rend ainsi son interprétation originale* » ; CA Paris, 4e ch. B, 4 juill. 2008, n° 06/21406, *Sté Universal Music c/ Geisen*, inédit, comm. F. POLLAUD-DULIAN, *RTD com*, 2008, p. 745

⁷⁵⁶ A. FRANCON, « Définition des artistes-interprètes et artistes de complément », *comm. de cass.* 1^{re} civ., 6 juillet 1999, *Debrane c/ Telema* ; Cass. 1^{re} civ., 6 juillet 1999, *Telema c/ Dame Leclaire*, inédit, *RTD Com*, 1999 p. 869 ; *Dalloz* 2000, p. 209

⁷⁵⁷ CA Paris, pôle 6, ch. 5, 17 mars 2011, n°09/05882, *JurisData* n° 2011-006045 ; RLDI avril 2011, n°70, M. TREZEGUET, P. TAFFOREAU, « Un an de droits voisins », *comm. comm. électr.*, n°10, octobre 2011, *chron.* 9, n°1



B) La production et la diffusion de la création

141. Les titulaires de droit. Au XX^e siècle, de nouvelles activités sont apparues qui ont soulevé des difficultés quant à la notion de création. Sont ainsi visées celles de producteurs de vidéogrammes et de phonogrammes, les entreprises de communication audiovisuelles. Les producteurs ne sont pas des créateurs⁷⁵⁸, il s'agit plutôt d'un savoir-faire. Ils ont « *l'initiative et la responsabilité de la première fixation d'une séquence de son* »⁷⁵⁹ ou « *d'une séquence d'images sonorisée ou non* »⁷⁶⁰.

142. L'intérêt de la protection par rapport à la liberté de création. Cette protection a été accordée à des fins financières, en contrepartie des investissements réalisés par les producteurs⁷⁶¹ et visait à permettre aux producteurs français de lutter contre la concurrence étrangère⁷⁶². Il a été précisé que cette protection avait pour but de permettre le financement du travail créatif et artistique des auteurs et interprètes⁷⁶³, et donc d'encourager la création française⁷⁶⁴. L'existence de ces droits est justifiée par leur poids économique, les œuvres en question étant destinées à la consommation de masse⁷⁶⁵. La logique actuelle serait une logique « d'industrialisation et de marché »⁷⁶⁶, que l'on pourrait étendre à la majorité des créations.

143. Critique de la protection par certains auteurs craignant une dénaturation de la propriété intellectuelle. Cette protection même a été jugée inacceptable, voire dangereuse,

⁷⁵⁸ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, p. 963, n°1665 ; X. DAVERAT, « Droits voisins du droit d'auteur. Nature des droits voisins », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1410, n°13. L'auteur cite en sens contraire : Tribunal civil de la Seine 13 mars 1957 : « *l'enregistrement et la reproduction sonore d'une pièce musicale et de chansons constituent une œuvre originale (...), la création d'une telle œuvre nécessitant pour son auteur des connaissances techniques et professionnelles certaines, une habileté et une recherche de l'emploi des meilleurs procédés techniques destinés à une reproduction fidèle de la musique et de la voix enregistrée* ».

⁷⁵⁹ Article L. 213-1 CPI

⁷⁶⁰ Article L. 215-1 CPI

⁷⁶¹ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2009, 2^e édition, n°566 et 604 ; X. DAVERAT, *op. cit.* n°13 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., Paris, 2012, n° 35, p. 47

⁷⁶² B. EDELMAN, *Propriété littéraire et artistique*, Que sais-je ?, PUF, 2008, 4^e édition, p. 101

⁷⁶³ Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, considérant n°10

⁷⁶⁴ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., Paris, 2012, n° 1125, p. 927

⁷⁶⁵ B. EDELMAN, *op. cit.*, p. 97-98, voir également dans la 3^e édition du traité de Propriété littéraire et artistique : A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2006, n° 34 pour lesquels : le public désormais n'est « *plus seulement l'ensemble de personnes qui accèdent à une œuvre* » mais bien « *une cible de « populations » qui « consomment » ... « des produits culturels* » ». Voir dans ce sens, Ch. CARON, « Le consommateur en droit d'auteur », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 245 s. spéc. p. 250, n°5 ; et Revue Lamy Droit d'affaires, 2004, n° 77, supplément, p. 37 s. : « *Face à l'auteur, il se dresse dorénavant une multitude de consommateurs qui consomment des produits culturels* ».

⁷⁶⁶ A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., Paris, 2006, n° 34 (cela n'a pas été repris dans la nouvelle édition).



le risque étant que ces droits sur l'investissement prennent la place des droits reconnus aux créateurs, auteurs ou interprètes⁷⁶⁷.

Pour B. EDELMAN, l'existence même de ces droits voisins montre que les œuvres dont les producteurs sont ainsi protégés « *sont devenues de simples produits* »⁷⁶⁸, faisant ainsi prévaloir la dimension économique de ce secteur sur la protection de la création⁷⁶⁹.

Il semble que cela peut s'appliquer pour toutes les œuvres « *industrialisés* »⁷⁷⁰. La création littéraire - que l'on peut également regarder comme faisant partie de l'industrie culturelle - est destinée à répondre à des impératifs de marché⁷⁷¹. Elle n'est pourtant pas protégée de la même manière, puisque les éditeurs se contentent « *de l'économie générale du contrat d'édition et de leur qualité de cessionnaires des droits des auteurs qu'ils publient* »⁷⁷².

Les droits voisins seraient pourtant nécessaires pour toutes sortes de création. La protection des investisseurs ne serait alors pas uniquement un frein à la liberté des créateurs⁷⁷³.

144. Les industries culturelles nécessaires pour garantir la liberté de création. Les industries culturelles sont parfois indispensables à la création⁷⁷⁴. Ainsi, « *le cinéma d'artisan n'existe pas* »⁷⁷⁵. Tout comme d'autres créations ne pourraient exister sans industrie, car elles nécessitent de lourds investissements. C'est le cas de la création dans le domaine des nouvelles technologies⁷⁷⁶. Il ne s'agirait plus de droits auxiliaires à la création, mais d'un moteur à la création⁷⁷⁷. Les droits voisins sont en effet supposés encourager notamment les

⁷⁶⁷ Ph. GAUDRAT, « Sombre actualité. Projet de loi sur le droit d'auteur, les droits voisins et la société de l'information et la copie privée empêchée », *RTD Com*, 2006, p.386, n°13

⁷⁶⁸ B. EDELMAN, *op. cit.* p. 96-97 ; X. DAVERAT, « Droits voisins du droit d'auteur. Nature des droits voisins », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1410, n°27

⁷⁶⁹ B. EDELMAN, *La propriété littéraire et artistique*, PUF, Que sais-je ?, 2008, p. 97

⁷⁷⁰ Terme donné par B. EDELMAN, *op. cit.* p. 98

⁷⁷¹ M. VIVANT, « Pour une épure de la propriété intellectuelle », in *Propriétés intellectuelles. Mélanges en l'honneur de André FRACON*, Dalloz 2005, p. 415 et s., spéc. p. 421, n° 11 : l'auteur cite ainsi, la recherche médicale, aéronautique, militaire, les créations informatiques, audiovisuelles, littéraire, artistique dans le domaine des nouvelles technologies.

⁷⁷² X. DAVERAT, *op. cit.* n° 13

⁷⁷³ B. EDELMAN cite NIETZSCHE (in F. NIETZSCHE, *La volonté de la puissance*, III, § 248, Paris, Gallimard) à propos de la protection, en premier lieu, de l'investissement par le droit d'auteur : « *D'une culture adaptée au temps présent, on passe à cet extrême, la culture adaptée à l'instant présent, c'est-à-dire une façon grossière de s'emparer de l'utilité momentanée. Si l'on croit que la culture a une utilité, on confondra rapidement ce qui est utile avec la culture. La culture généralisée se transformera en haine de la vraie culture* ».

⁷⁷⁴ M. VIVANT, « Pour une épure de la propriété intellectuelle », in *Propriétés intellectuelles. Mélanges en l'honneur de André FRACON*, Dalloz 2005, p. 415 et s., spéc. p. 421, n° 11

⁷⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷⁷ X. DAVERAT, « Droits voisins du droit d'auteur. Nature des droits voisins », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1410, n°30



producteurs à investir dans la création⁷⁷⁸. Ils seraient donc favorables à la liberté de création. Le rôle joué par celui qui diffuse les œuvres est également essentiel en ce qu'il permet au public d'accéder à celles-ci⁷⁷⁹.

145. La recherche d'un équilibre favorable à la liberté de création. On assiste cependant, pour certains, à un déséquilibre de la protection par la propriété littéraire et artistique au profit des investisseurs⁷⁸⁰. Celle-ci devrait alors être considérée comme un droit qui ne protégerait et favoriserait non pas la création, mais valoriserait l'investissement, puisque cette logique des droits voisins, répondant aux exigences de l'industrie culturelle, prévaudrait sur l'ensemble de la matière⁷⁸¹.

Or un tel déséquilibre en faveur des investisseurs conduirait à nier les droits des créateurs, auteurs ou interprètes, plus particulièrement leur droit moral. Cela est à nuancer puisque les pouvoirs des producteurs sont limités en droit français⁷⁸², lorsqu'ils sont confrontés à ceux des auteurs⁷⁸³. Le producteur de phonogramme ne peut en effet empêcher un compositeur de réutiliser son œuvre, qui peut donc librement s'inspirer de ses propres créations. De plus, l'auteur peut réutiliser l'enregistrement réalisé par le producteur, ce dernier ne pouvant se prévaloir que de droits voisins⁷⁸⁴. L'artiste interprète peut également faire valoir son droit moral, en refusant par exemple l'exploitation de son interprétation dans une compilation⁷⁸⁵ lorsque l'œuvre est dénaturé ou altéré.

146. La création protégée par le droit d'auteur doit donc être entendue au sens large. La liberté de création doit permettre non seulement la création purement artistique, mais aussi la

⁷⁷⁸ A propos du livre vert sur « Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance » (COM 2008, 466, 16 juillet 2008) : L. COSTES, « Introduction », *RLDI*, n°43, novembre 2008, act. p. 7

⁷⁷⁹ A. ZOLLINGER, *Droit d'auteur et droits de l'homme*, thèse, Poitiers, 2006, n° 188, p. 84

⁷⁸⁰ X. DAVERAT, *op. cit.* n° 30 ; B. EDELMAN considère en effet que « l'entrée des droits voisins dans le droit d'auteur a rompu un équilibre qui lui était consubstantiel » : B. EDELMAN, *Propriété littéraire et artistique*, Que sais-je ?, PUF, 2008, 4^e édition, p. 95

⁷⁸¹ X. DAVERAT, *op. cit.* n°56

⁷⁸² Le glissement du droit d'auteur « vers un droit économique, et donc un rapprochement avec les droits voisins » existe surtout en droit communautaire pour B. EDELMAN : B. EDELMAN, *op. cit.* p. 103, notamment parce que le droit moral est restreint, voire « purement minimaliste » (même ouvrage : p. 109)

⁷⁸³ Un compositeur peut réutiliser sa musique : B. EDELMAN, note sous CA Versailles, 1^{re} ch., 13 février 1992, « Le producteur d'un phonogramme ne peut reprocher à l'auteur de réutiliser la musique pour une nouvelle chanson », *Dalloz*, 1993, p.402

⁷⁸⁴ B. EDELMAN, note sous CA Versailles, 1^{re} ch., 13 février 1992, « Le producteur d'un phonogramme ne peut reprocher à l'auteur de réutiliser la musique pour une nouvelle chanson », *Dalloz*, 1993, p.402, n°5.

⁷⁸⁵ Voir par exemple, cass. soc., 8 février 2006, com. Ph. ALLAEYS, « Les compilations à l'épreuve du droit moral de l'artiste-interprète », *Dalloz*, 2006, p. 2991 ; P. SIRINELLI, « Propriété littéraire artistique (novembre 2005 – août 2006 », *Dalloz*, 2006, p. 579 ; J. DALEAU, « « Le poète a toujours raison » : victoire de Jean Ferrat », *Dalloz*, 2006, p. 579



création de logiciels, ou de tout autre objet de protection. La limite du droit d'auteur semble être nécessaire, afin que tout ne soit pas appropriable. Cela est à la fois une garantie de la liberté de création, et un seuil au-dessous duquel le niveau créatif ne nécessite pas une telle défense. La création en propriété industrielle peut revêtir également de nombreuses formes (section 2).

Section 2 : La création en propriété industrielle

147. Les objets des droits de propriété industrielle. En matière de propriété industrielle, le code de la propriété intellectuelle ne fait pas référence à la création, mais à des inventions, des découvertes, des variétés, des topographies de semi-conducteurs, des dessins ou modèles ou encore à des signes distinctifs. Or pour déterminer l'étendue de la liberté de création telle qu'elle est protégée par les droits de propriété intellectuelle, il est nécessaire de définir, de comprendre ce que sont ces notions et quelles sont leurs spécificités.

Il semble qu'il s'agisse de créations, ce terme est en effet couramment utilisé par la doctrine. Cependant, les signes distinctifs sont souvent considérés comme ne pouvant pas être des créations.

148. La nouveauté, critère de protection. Mais il existe tout d'abord une différence fondamentale entre les créations telles qu'elles sont appréhendées par le droit d'auteur et les droits voisins et les objets de la propriété industrielle. En droit de la propriété industrielle, il ne s'agit pas de protéger des créations originales, mais nouvelles. De plus, l'aspect industriel et économique prime. Ceux qui opposent les logiques du droit d'auteur et du brevet, considèrent que ce dernier ne peut être considéré que comme un droit de l'entreprise qui investit contrairement au droit d'auteur, élevé au rang de droit de l'homme⁷⁸⁶. Pourtant, si le brevet a été créé pour assurer un retour sur investissement, l'intérêt général est également une « *préoccupation initiale du droit des brevets* »⁷⁸⁷.

149. Rôle incitatif du brevet. Le brevet, par exemple, a été accordé à l'origine, comme un droit dû à l'inventeur en raison du caractère sacré de l'invention⁷⁸⁸. Il est

⁷⁸⁶ M. VIVANT, « Pour une épure de la propriété intellectuelle », in *Propriétés intellectuelles, mélanges en l'honneur d'André FRANCON*, Dalloz, 1995, p. 416, n° 1.3

⁷⁸⁷ Ch. NOZARADAN, « Brevet et intérêt général », in B.REMICHE (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général, actes du colloque de Louvain-la Neuve*, Larcier, Bruxelles, 2007, p. 445 et suiv., spéc. p.456

⁷⁸⁸ M. VIVANT, (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, éd. Ellipses, Paris, juillet 1997, p. 70, il cite Boufflers, voir encadré



également depuis longtemps un droit servant à encourager l'industrie en assurant aux entrepreneurs la rémunération de leur investissement⁷⁸⁹. La protection s'est étendue, mais pas forcément de la même manière qu'en propriété littéraire et artistique. En effet, de nouveaux droits ont été créés, prenant en compte la spécificité et la diversité de leurs objets. Ces droits ont pour objectif d'offrir une protection mieux adaptée que le droit des brevets⁷⁹⁰.

150. Distinction entre création industrielle et signe distinctif. Historiquement une première distinction a été opérée entre les créations industrielles et les signes distinctifs. Cette qualification de création industrielle a vocation à différencier les créations qui font l'objet de la protection de la propriété littéraire et artistique, dites alors esthétiques, des créations techniques et des créations à la fois techniques et esthétiques⁷⁹¹.

En effet, la création est mentionnée en propriété industrielle tout d'abord par P. ROUBIER⁷⁹², qui a distingué, au sein des droits de propriété industrielle⁷⁹³, les droits intellectuels, procédant d'un acte de création, que sont les brevets, et les droits sur les dessins ou modèles industriels des droits sur les signes distinctifs lesquels n'impliquent pour lui aucun effort créateur. Cette distinction entre les signes distinctifs et les créations, qu'elles soient qualifiées de nouvelles ou d'industrielles⁷⁹⁴, a été reprise par d'autres auteurs⁷⁹⁵. On peut s'interroger sur l'opportunité d'opposer ainsi créations industrielles et marques. Celles-ci ne sont pas considérées comme des créations pour la majorité des auteurs. Cependant, cette solution ne fait pas l'unanimité. Elle peut être contestée car cette qualification de création serait refusée aux marques à cause de la « faiblesse » de la création⁷⁹⁶.

⁷⁸⁹ M. VIVANT (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, éd. Ellipses, Paris, juillet 1997, p.70 *Ibid.*

⁷⁹⁰ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de propriété industrielle*, précis Dalloz, 7^e édition, 2012, n° 953

⁷⁹¹ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *op. cit.*, n° 179

⁷⁹² P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, tome 1, 1952 ; voir également : J. SCHMIDT, *L'invention protégée*, Litec, 1972 ; J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de propriété industrielle*, précis Dalloz, 7^e édition, 2012 ; A. LUCAS, *JurisClasseur Brevets*, fasc. 4230 : invention et caractère industriel, 1997 ; Ch. LE STANC, *jurisclasseur Brevets*, fasc. 4210, Exclusion de brevetabilité. Règles générales, 2009

⁷⁹³ Ces droits de propriété industrielle sont des « droits de clientèle », cette qualification a été remise en cause par certains auteurs : P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, tome 1, 1952, n°9 et s., p. 86 et s.

⁷⁹⁴ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de propriété industrielle*, précis Dalloz, 7^e édition, 2012, n°3 et n° 179 et suiv. ; P. TAFFOREAU, C. MONNERIE *Droit de la propriété intellectuelle*, éd. Gualino, 3^e éd., 2012

⁷⁹⁵ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de propriété industrielle*, précis Dalloz, 7^e édition, 2012 ; J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle, tome 1, marques et autres signes distinctifs, dessins et modèles*, L.G.D.J., 2009, p. 6, n°7

⁷⁹⁶ M. VIVANT (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, éd. Ellipses, Paris, juillet 1997, p. 97



Les créations industrielles sont les créations de caractère technique protégées, suivant leur objet, par le droit des brevets, le droit sur les topographies semi-conducteurs et le certificat d'obtention végétale⁷⁹⁷.

Cependant, il semble que les signes distinctifs peuvent être également des créations.

Afin de déterminer quelles sont les créations protégées, il est nécessaire de délimiter ce que sont successivement les inventions (§ 1), les objets des droits connexes du droit de brevet⁷⁹⁸ (§ 2) et les marques (§ 3).

§ 1 : Les inventions protégées par un brevet

151. Une limitation de la protection favorable à la liberté de création. Déterminer ce qu'est une invention brevetable permet de différencier les créations protégeables de celles qui ne le sont pas. On peut se demander pourquoi certaines inventions, ou innovations sont exclues de la protection et doivent rester non appropriables. *A priori*, pour permettre l'équilibre entre les intérêts, certaines créations sont exclues, soit parce qu'il ne s'agit pas d'invention, soit parce que le « *niveau inventif* »⁷⁹⁹ est trop faible.

152. L'extension de la protection. Ce qui caractérise l'invention par rapport aux autres créations, c'est son caractère technique. Or celle-ci évolue, de nouvelles catégories d'inventions apparaissent, suscitant la distorsion des critères de brevetabilité pour certains⁸⁰⁰, et en premier lieu une dénaturation du critère d'invention. On peut se demander aujourd'hui si, en raison de l'acception large de l'invention, le brevet est accordé trop largement, ce qui restreindrait la liberté de création.

A) Essai de délimitation de la notion d'invention brevetable

153. L'absence de définition. L'invention est un critère de brevetabilité tout en étant l'objet de protection du brevet. Cette notion n'est pas définie par les textes. La jurisprudence comme les auteurs la définissent par rapport à sa spécificité en tant qu'objet du brevet.

⁷⁹⁷ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *op. cit.* n° 181, qui ajoutent le secret.

⁷⁹⁸ H. GAUMONT-PRAT, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 2009, 2^e éd.

⁷⁹⁹ M. VIVANT, « Le système des brevets en question » in B.REMICHE (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général, actes du colloque de Louvain-la Neuve*, Larcier, Bruxelles, 2007, n° 20.2

⁸⁰⁰ Sur ces critiques : voir notamment M. VIVANT, « Le système des brevets en question » in B.REMICHE (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général, actes du colloque de Louvain-la Neuve*, Larcier, Bruxelles, 2007, n° 14 et 20.1



L'invention brevetable serait une création répondant à certaines conditions⁸⁰¹. La loi en revanche ne fait pas référence à la création. Pour délimiter cette notion, il est nécessaire tout d'abord de la définir (1).

154. Les créations non protégeables par le brevet. L'étendue du brevet est limitée. Toute création ne peut être brevetable et la loi en a délimité les contours⁸⁰². Il existe plusieurs catégories de créations qui sont exclues de la brevetabilité (2), qu'elles soient protégeables par d'autres droits ou qu'elles n'atteignent pas un niveau de créativité suffisant. Pourquoi ces exclusions et quelle est la frontière entre invention et les autres notions non protégeables ?

Certaines créations sont également écartées pour d'autres raisons que leur faible niveau d'innovation, pour des considérations éthiques ou morales. Ainsi, certaines inventions sont exclues de la brevetabilité. Ces limites ne restaurent pas la liberté, mais ont pour but d'empêcher certaines innovations.

1. Définition de l'invention brevetable

155. Les notions d'invention et de création. Il semble qu'invention soit une création spécifique, à la fois critère de brevetabilité et objet du brevet, et qui à ce titre doit répondre à certains critères.

L'invention, création industrielle ou technique :

Dans un sens courant, la création peut être invention, l'invention est également qualifiée de création⁸⁰³, de création « nouvelle »⁸⁰⁴. Ces deux notions sont donc très proches, « *l'invention, dit-on, est la création de l'inventeur* »⁸⁰⁵. Cependant, ce qui est brevetable, c'est l'invention et non toutes les créations.

La doctrine a donné plusieurs définitions de l'invention. Ainsi, elle a été définie comme une « *création de l'intelligence qui aboutit à un résultat technique concret* »⁸⁰⁶. Pour cet auteur, il doit s'agir d'une création appliquée⁸⁰⁷. Cette référence à la création a également été faite par J. FOYER et M. VIVANT. L'invention dont il s'agit est une « *invention présentant un*

⁸⁰¹ J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, 1991, PUF, p. 109

⁸⁰² M. VIVANT (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, éd. Ellipses, Paris, juillet 1997, p. 72

⁸⁰³ Petit Larousse, 2010, Littré, nouveau petit Robert de la langue française 2010, pour le dictionnaire Hachette, l'invention est le « *produit de l'imagination* » ou encore la « *découverte d'une chose cachée, enfouie* ».

⁸⁰⁴ Littré ; Petit Larousse, 2010

⁸⁰⁵ Augustin-Charles RENOARD, *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses*, Guillaumin et Cie, Libraires, Paris, 1960, p. 408

⁸⁰⁶ P. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle*, éd. Gualino, 3^e éd., 2012, n° 450

⁸⁰⁷ *Ibid.*



caractère industriel (ou technique) »⁸⁰⁸. Le caractère technique est donc le critère fondamental de l'invention, et ce qui en fait sa spécificité par rapport à la création⁸⁰⁹.

156. Justification de l'absence de définition dans la loi. Contrairement aux décrets des 31 décembre 1790 et 7 janvier 1791 qui avaient défini l'invention comme étant « *tout moyen d'ajouter à quelque fabrication que ce puisse être un nouveau genre de perfection* »⁸¹⁰, ni la loi française actuelle, ni la Convention sur le brevet européen (CBE)⁸¹¹ n'en donnent de définition. Il semble que cela s'explique par la difficulté rencontrée par le législateur de donner une définition « *réellement utilisable* » de l'invention. Celle-ci ne serait en effet pas adaptée aux nouvelles créations dues au développement de la technique et risquerait ainsi d'être défavorable au développement de l'industrie, qui est le but poursuivi par le législateur⁸¹². En effet, le « *brevet des origines* » a été conçu pour les inventions mécaniques⁸¹³. Aujourd'hui, les objets du brevet se sont diversifiés et il est difficile de comprendre ce qu'englobe le terme « technique ».

157. Définition large de la jurisprudence. Pour la jurisprudence française et celle de l'OEB, l'invention est « *destinée à résoudre des problèmes de nature technique* »⁸¹⁴, c'est une « *solution technique apportée à un problème technique* »⁸¹⁵. Or « *tout peut être dit technique* »⁸¹⁶. Et désormais, elle englobe également les logiciels ou la biotechnologie⁸¹⁷. Les innovations ont dorénavant comme matériau les informations ou le génome⁸¹⁸.

⁸⁰⁸ J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, 1991, PUF, p. 130

⁸⁰⁹ Voir notamment A. Ballester Rodès, S. Demangue, C. Dimopoulos, B. Dobrucki, J. Osbeldiston, C. Pentheroudakis, Y. Podbielski, J. Serre, Service de recherche juridique des Chambres de Recours, *La jurisprudence des Chambres de recours de l'Office européen des brevets*, décembre 2006, 5e éd., [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/F7944E5E0AD5958DC12572BC004B2CB6/\\$File/clr_2006_fr.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/F7944E5E0AD5958DC12572BC004B2CB6/$File/clr_2006_fr.pdf), p. 1 ; M. VIVANT (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, éd. Ellipses, Paris, juillet 1997, p. 72

⁸¹⁰ Cité par : H. GAUMONT-PRAT, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 2009, 2^e éd., p. 35, n°75 ; même auteur, *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4241 : Brevetabilité du vivant : animal, végétal et humain. – Application du droit des brevets aux inventions biotechnologiques, 2008, n°4 ; J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, 1991, PUF, p. 113

⁸¹¹ J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de propriété industrielle*, précis Dalloz, 7^e édition, 2012, n° 205 ; H. GAUMONT-PRAT, *op. cit.* p. 35, n°75

⁸¹² Conseil fédéral helvétique, *Message* 1950, FF 1950 I 933 spéc. 960 et s., cité par : J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, 1991, PUF, p. 113

⁸¹³ M. VIVANT, « Le système des brevets en question » in B. REMICHE (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général, actes du colloque de Louvain-la Neuve*, Larcier, Bruxelles, 2007, n° 7

⁸¹⁴ H. GAUMONT-PRAT, *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4241 : Brevetabilité du vivant : animal, végétal et humain. – Application du droit des brevets aux inventions biotechnologiques, 2008, n° 4

⁸¹⁵ J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de propriété industrielle*, précis Dalloz, 7^e édition, 2012, n° 206

⁸¹⁶ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, « réinventer l'invention », *propriétés intellectuelles*, juillet 2003, n° 8, p. 286, n° 3 ; c'est un terme « *sans valeur discriminante* » : M. VIVANT, « La brevetabilité des programmes d'ordinateur : faux problème juridique ? Vrai problème social ? », *Propriétés intellectuelles*, n° 6, janvier 2003, p. 35, n° 6



Le terme technique désigne « *quelque chose qui offre une emprise sur la nature et permet de la transformer* »⁸¹⁹.

Ce terme est restreint et la technique est définie au gré de ce que le pouvoir politique entend protéger⁸²⁰. Impliquer de la technique une transformation de la nature est alors le « *choix de la continuité... qui peut-être une forme de légitimité* »⁸²¹.

La technique est en effet cantonnée à une « *transformation de la nature* »⁸²². Celle-ci réside cependant dans le « *dévoilement* »⁸²³ et pas que dans la fabrication⁸²⁴.

Il s'agit d'un critère large⁸²⁵. Le législateur exige depuis 1978, que l'invention soit susceptible d'application industrielle. Et ce caractère industriel conditionne la brevetabilité⁸²⁶. Le terme industrie est pris ici au sens d'activité humaine⁸²⁷, quel que soit le domaine⁸²⁸.

Il y aurait donc invention « *dès lors qu'un processus intellectuel, quel qu'il soit, permet d'aboutir à une innovation prenant appui sur des connaissances issues des sciences dures, et ce quelle que soit la nature de l'effet produit* »⁸²⁹.

D'autres critères encadrent la brevetabilité. Ce sont ceux énumérés par l'article L. 610-10 du CPI, qui sont la nouveauté, l'activité inventive, et l'application industrielle.⁸³⁰

⁸¹⁷ Article 27 de l'accord sur les ADPIC, signé à Marrakech le 15 avril 1994 ; article L. 611-10-1° CPI, modifié par la loi du 4 août 2008, n°2008-776, art. 132-I ; M. VIVANT, « Le système des brevets en question » in B. REMICHE (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général, actes du colloque de Louvain-la Neuve*, Larcier, Bruxelles, 2007, p. 24 et s. : « tous les domaines technologiques » sont concernés, y compris les biotechnologies.

⁸¹⁸ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, « réinventer l'invention », *propriétés intellectuelles*, juillet 2003, n° 8, p. 286, n° 4

⁸¹⁹ M. VIVANT, « Protection-Conditions de fond : l'exigence d'invention », in M. VIVANT, dir. *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, grands arrêts, 2004, n° 18, p. 234

⁸²⁰ M. VIVANT, « La brevetabilité des programmes d'ordinateur : faux problème juridique ? Vrai problème social ? », *Propriétés intellectuelles* n°6, janvier 2003, p. 36, n°6

⁸²¹ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, « Réinventer l'invention ? », *propriétés intellectuelles* doctrine, juillet 2003, n°8, p. 286, spéc. n°10

⁸²² *Ibid.*

⁸²³ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *op. cit.*, n° 13 : dans le même sens, J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 2° éd., 2001, n° 96 et F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999, n° 206.

⁸²⁴ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *op. cit.*, n° 10

⁸²⁵ M. VIVANT, « Le système des brevets en question » in B. REMICHE (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général, actes du colloque de Louvain-la Neuve*, Larcier, Bruxelles, 2007, p. 25

⁸²⁶ M. VIVANT, « Protection-Conditions de fond : l'exigence d'invention », in M. VIVANT, dir. *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, grands arrêts, 2004, n°18, p. 232-233 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, « réinventer l'invention », *propriétés intellectuelles* juillet 2003, n°8, p. 286, n°2

⁸²⁷ J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, 1991, PUF, p. 131

⁸²⁸ M. VIVANT, « Le système des brevets en question » in B. REMICHE (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général, actes du colloque de Louvain-la Neuve*, Larcier, Bruxelles, 2007, n°8

⁸²⁹ M. VIVANT, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *RIDE*, 2006, p. 373-374, n° 10.2



Toute innovation n'est pas appropriable, ce qui permet de ne pas bloquer la création. Dans certains cas, la limite à la protection résulte de l'existence de droits spécifiques sur ces mêmes créations.

2. L'exclusion de la brevetabilité

158. L'exclusion issue de l'article L. 611-10-2° du CPI. Il existe des innovations qui ne sont pas considérées comme des inventions, car elles ne répondent pas aux critères du droit des brevets, et ne sont pas à ce titre protégeables par le brevet⁸³¹. Elles sont cependant susceptibles d'être protégées par un autre droit de propriété intellectuelle. C'est le cas des créations esthétiques. Elles sont mentionnées par l'article L. 611-10-2° CPI, qui écarte ainsi plusieurs catégories de créations, sans être limitatif⁸³².

En revanche, certaines innovations n'apportent rien à l'état de la technique⁸³³ et ne sont pas non plus considérées comme des créations⁸³⁴. Ainsi, pour qu'il y ait invention, il doit y avoir une transformation du monde physique. Cela n'est pas le cas des théories scientifiques, des méthodes mathématiques, des plans, des principes et des méthodes. Ils sont exclus de la brevetabilité car ce sont des créations « abstraites »⁸³⁵ et qu'il n'y a pas ici d'application industrielle. Cela est également vrai pour les découvertes qui ne sont pas brevetables. Elles peuvent l'être car elles sont protégées par d'autres dispositions⁸³⁶. Cela implique un certain degré de créativité pour bénéficier de la protection, et ainsi écarter les innovations ayant un trop faible niveau inventif.

⁸³⁰ Article L. 611-10 1° CPI : « 1. Sont brevetables (L. n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 132-I) « , dans tous les domaines technologiques, » les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle. »

Sur ces critères, voir P. TAFFOREAU, C. MONNERIE, *Droit de la propriété intellectuelle*, éd. Gualino, 3^e éd., 2012, n° 449 à 466 ; H. GAUMONT-PRAT, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 2009, 2^e éd., p. 35 et s., n° 73 à 132 ; J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, 1991, PUF, p. 111 et suiv.

⁸³¹ Ce sont les innovations « dépourvues d'application technique » : H. GAUMONT-PRAT, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 2009, 2^e éd., p. 37

⁸³² Article L. 611-10-2° du CPI dispose que « Ne sont pas considérées comme des inventions au sens du premier alinéa du présent article notamment :

- a) Les découvertes ainsi que les théories scientifiques et les méthodes mathématiques ;
- b) Les créations esthétiques ;
- c) Les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que les programmes d'ordinateurs ;
- d) Les présentations d'informations ».

⁸³³ H. GAUMONT-PRAT, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 2009, 2^e éd., p. 37, n° 79

⁸³⁴ P. TAFFOREAU, C. MONNERIE, *Droit de la propriété intellectuelle*, éd. Gualino, 3^e éd., 2012, n° 451

⁸³⁵ J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de propriété industrielle*, précis Dalloz, 7^e édition, 2012, n°215 et s. ; P. TAFFOREAU, C. MONNERIE, *op. cit.* n° 453.

⁸³⁶ C'est le cas des obtentions végétales : article L. 611-10 CPI, à ce sujet : J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de propriété industrielle*, précis Dalloz, 7^e édition, 2012, n° 253 à 256



Certaines de ces limites prennent en compte la distinction entre ce qui est technique et ce qui est abstrait.

159. L'exclusion des programmes d'ordinateurs⁸³⁷. Les programmes d'ordinateurs sont exclus de la brevetabilité par la convention de Munich⁸³⁸.

160. La distinction entre découverte et invention. La question de ce qui peut être ou non invention est particulièrement problématique lorsque l'on veut distinguer invention et découverte, et ainsi déterminer l'étendue de la protection par le brevet. Cette distinction est importante, car même si la recherche nécessaire à la découverte peut avoir un coût important, une protection trop large risque de limiter l'accès à celle-ci, et donc les éventuelles applications qui peuvent en être tirées. Une telle protection restreindrait donc la liberté de création. Pour le traité de Genève sur l'enregistrement international des découvertes scientifiques du 7 mars 1978, la découverte scientifique est « *la reconnaissance de phénomènes, de propriétés ou de lois de l'univers matériel non encore reconnus et pouvant être vérifiés* ».

La découverte est traditionnellement opposée à l'invention⁸³⁹. Ainsi, alors que l'invention suppose une production humaine, transformant l'existant, la découverte « *préexiste à l'intervention de l'homme* »⁸⁴⁰. P. ROUBIER les a différenciées : la découverte est « *réceptrice* », tandis qu'elle est « *productive* » en ce qui concerne l'invention⁸⁴¹. Mais cela permet de délimiter l'invention par rapport à la création ou à la découverte⁸⁴².

Cependant, cette opposition entre les deux notions, qui a été contestée⁸⁴³, est à nuancer⁸⁴⁴. En effet, lorsqu'il existe une application de la découverte, celle-ci bascule vers le monde de

⁸³⁷ Voir plus spécifiquement B. n°141

⁸³⁸ Article 52 (2) c) de la Convention sur le brevet européen du 5 octobre 1973, suivant en cela l'Office américain des brevets : J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *op. cit.* n° 221

⁸³⁹ M. VIVANT, « Protection-Conditions de fond : l'exigence d'invention », in M. VIVANT, dir. *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, grands arrêts, 2004, n°18, p. 237

⁸⁴⁰ H. GAUMONT-PRAT, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 2009, 2^e éd., p. 37, n°79

⁸⁴¹ P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, tome 2, 1954, p. 90

⁸⁴² Qui se distingue de l'invention parce qu'il y a eu une intervention humaine : J.-Ch. GALLOUX, note sous OEB, 8 décembre 1994, « La brevetabilité de fragments d'ADN humain sous la Convention sur le brevet européen », *Dalloz*, 1996, p. 44

⁸⁴³ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, « Réinventer l'invention ? », *propriétés intellectuelles*, doctrine, juillet 2003, n°8, p. 286, spéc. n° 7, qui précisent que « *Il n'y a pas l'opposition quasi ontologique que l'on prétend faire entre invention et découverte et le droit lui-même ne trace pas la frontière que l'on dit trop souvent entre les deux* ».



l'invention⁸⁴⁵ : il est admis depuis longtemps qu'une découverte engendrant une application pratique « *immédiate* » sera brevetable pour ce qui concerne cette application⁸⁴⁶. Ainsi, un brevet ne peut être délivré pour un produit naturel, mais il le sera si on lui a trouvé une application pratique⁸⁴⁷. Il y aurait donc un « *continuum* » entre découverte et invention⁸⁴⁸. Cette distinction, entre la découverte et l'invention, a paru nécessaire afin de ne pas dénaturer (ou étendre) l'étendue d'application du brevet.

161. L'exclusion des inventions issue des articles L. 611-17, L. 611-18 et L. 611-19 du CPI. Il s'agit de créations de nature particulière⁸⁴⁹. Avec l'essor de la biotechnologie, de nouvelles dispositions ont été intégrées, dues à la crainte que cela suscite. Il s'agissait aussi de maintenir le domaine public afin de permettre un libre accès et la liberté de la recherche à partir de « *ces ressources essentielles à la santé et à l'alimentation* »⁸⁵⁰.

La liberté des créateurs dans ce domaine et donc réduite. Elle s'oppose à l'ordre public et les bonnes mœurs, à la dignité humaine. Ce sont les articles L. 611-17, L. 611-18 et L. 611-19 CPI⁸⁵¹ qui précisent les limites de la brevetabilité à l'égard de l'ordre public et des bonnes mœurs, ainsi que par rapport à la dignité de la personne humaine.

⁸⁴⁴ M. VIVANT, « Protection-Conditions de fond : l'exigence d'invention », in M. VIVANT, dir. *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, grands arrêts, 2004, n°18, p. 237

⁸⁴⁵ M. VIVANT, *op. cit.*, n°18, p. 238

⁸⁴⁶ P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, tome 2, 1954, p. 90 suiv.

⁸⁴⁷ Voir M. VIVANT, *op. cit.* n° 18, p. 238 : cite TGI Paris, 21 décembre 1974, *PIBD* 1975, 152, III, 274

⁸⁴⁸ M. VIVANT, « Le système des brevets en question » in B.REMICHE (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général, actes du colloque de Louvain-la Neuve*, Larcier, Bruxelles, 2007, n° 20.1

⁸⁴⁹ J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de propriété industrielle*, précis Dalloz, 7^e édition, 2012, n° 236

⁸⁵⁰ *Ibid.*

⁸⁵¹ Ces dispositions sont issues de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 : Art. L. 611-17 CPI « *Ne sont pas brevetables les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à la dignité de la personne humaine, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, cette contrariété ne pouvant résulter du seul fait que cette exploitation est interdite par une disposition législative ou réglementaire* ».

Art. L. 611-18 CPI : « *Le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence totale ou partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables.*

Seule une invention constituant l'application technique d'une fonction d'un élément du corps humain peut être protégée par brevet. Cette protection ne couvre l'élément du corps humain que dans la mesure nécessaire à la réalisation et à l'exploitation de cette application particulière. Celle-ci doit être concrètement et précisément exposée dans la demande de brevet.

Ne sont notamment pas brevetables :

- a) *Les procédés de clonage des êtres humains;*
- b) *Les procédés de modification de l'identité génétique de l'être humain;*
- c) *Les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales;*
- d) *Les séquences totales ou partielles d'un gène prises en tant que telles ».*

Art. L. 611-19 CPI : « *I. — Ne sont pas brevetables:*

1° Les races animales;

2° Les variétés végétales telles que définies à l'article 5 du règlement (CE) n° 2100/94 du Conseil, du 27 juillet 1994, instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales;

162. L'exclusion issue de l'article L. 611-16 du CPI. Plus traditionnellement, l'article L. 611-16 dispose que « *Ne sont pas brevetables les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain ou animal et les méthodes de diagnostic appliquées au corps humain ou animal. Cette disposition ne s'applique pas aux produits, notamment aux substances ou compositions, pour la mise en œuvre d'une de ces méthodes* »⁸⁵². Il s'agissait de mettre hors commerce « *ce qui est au cœur de l'art médical* » et de préserver la liberté des médecins dans l'exercice de leur activité⁸⁵³. Cela place hors du champ de la propriété intellectuelle des méthodes, permettant leur utilisation. L'intérêt du public dans certains domaines est primordial. Ainsi, la Chambre de recours technique a considéré, contrairement à la jurisprudence existante, que la méthode revendiquée, si elle ne comportait pas l'ensemble des étapes caractéristiques, « *était en elle-même indispensable à la réalisation d'un diagnostic dont elle constituait au surplus l'étape essentielle pour la réalisation d'un diagnostic* »⁸⁵⁴.

Certaines créations sont exclues de la protection, le domaine brevetable a néanmoins été étendu avec l'apparition de nouvelles techniques (B).

B) « L'extension du domaine brevetable »⁸⁵⁵

163. Cette extension fait l'objet de critiques. En effet, les nouveaux types de création qui sont apparus, que ce soit dans le domaine de l'informatique ou des biotechnologies ne semblaient pas correspondre aux critères classiques de la brevetabilité⁸⁵⁶. De plus, en matière de biotechnologie, la protection par le brevet a remis en cause « *l'antagonisme*

^{3°} Les procédés essentiellement biologiques pour l'obtention des végétaux et des animaux; sont considérés comme tels les procédés qui font exclusivement appel à des phénomènes naturels comme le croisement ou la sélection;

^{4°} Les procédés de modification de l'identité génétique des animaux de nature à provoquer chez eux des souffrances sans utilité médicale substantielle pour l'homme ou l'animal, ainsi que les animaux issus de tels procédés.

II. — Nonobstant les dispositions du I, les inventions portant sur des végétaux ou des animaux sont brevetables si la faisabilité technique de l'invention n'est pas limitée à une variété végétale ou à une race animale déterminées.

III. — Les dispositions du 3° du I n'affectent pas la brevetabilité d'inventions ayant pour objet un procédé technique, notamment microbiologique, ou un produit obtenu par un tel procédé; est regardé comme un procédé microbiologique tout procédé utilisant ou produisant une matière biologique ou comportant une intervention sur une telle matière ».

⁸⁵² Voir également l'article 52 (4) CBE

⁸⁵³ J.-Ch. GALLOUX, « La brevetabilité des inventions dans les domaines de la biotechnologie et de la santé (déc. 29 oct. 2004, T. 1020-03, inédite), *RTD com* 2006, p. 342

⁸⁵⁴ *Ibid.*

⁸⁵⁵ J.-P. CLAVIER, « Droit des brevets : vers de nouvelles frontières », in *La propriété intellectuelle en question(s), regards croisés européens*, Litec, 2006, p. 140

⁸⁵⁶ A. LUCAS, « Invention et caractère industriel », *JurisClasseur Brevets*, fasc. 4230, 1997, n°2



traditionnel »⁸⁵⁷ entre découverte et invention. Dans ce domaine, des questions d'ordre éthiques se sont également posées.

La protection des nouvelles créations par le brevet a posé la question de la remise en cause des limites de la brevetabilité (1), elle a également suscité pour certaines créations, des controverses liées au matériau de la création, le brevet s'étendant à la biotechnologie (2).

1. L'extension à de nouvelles techniques ou remise en cause des limites de la brevetabilité ?

164. Une extension jugée nécessaire pour financer la création. Cette extension a paru nécessaire, les industries dans ces nouveaux domaines requérant des investissements importants. Celui qui a consacré des sommes importantes à la recherche et au développement de nouveaux produits doit en effet pouvoir bénéficier d'un certain avantage par rapport à ses concurrents⁸⁵⁸. Ainsi, on a observé que le système des brevets a été généralisé à « *l'ensemble des activités économiques sur la planète* »⁸⁵⁹.

Ces nouveaux objets de la propriété industrielle sont caractérisés par le fait qu'ils sont basés sur le traitement de l'information et non plus sur l'innovation dans le « *monde de la mécanique* »⁸⁶⁰.

165. L'informatique : les conditions de la brevetabilité. La protection des créations logicielles par le brevet a posé problème. Pour certains auteurs, l'exclusion de ceux-ci de la protection par le brevet est arbitraire, elle relève d'un choix⁸⁶¹. La brevetabilité des logiciels a été à nouveau rejetée par le Parlement européen le 6 juillet 2005⁸⁶². A l'origine, l'informatique a été considérée comme relevant « *avant tout de la logique, de la linguistique*

⁸⁵⁷ B. REMICHE, « Marchandisation et brevet », in *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz 2004, p. 125

⁸⁵⁸ J.-P. CLAVIER, « Droit des brevets : vers de nouvelles frontières », in IRPI, *La propriété intellectuelle en question(s). Regards croisés européens*, Litec, Paris, 2006, p. 140

⁸⁵⁹ J.-P. CLAVIER, *op. cit.*, p. 134

⁸⁶⁰ M. VIVANT, « L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire », *JCP G*, n° 1, 15 janvier 2000, I, 193, n° 3

⁸⁶¹ Voir notamment J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de propriété industrielle*, précis Dalloz, 7^e édition, 2012, n° 222

⁸⁶² Rejet de la proposition de directive du Parlement et du Conseil concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur : COM/2002/0092 ; à ce sujet : M. BUYDENS, « La problématique de la brevetabilité des logiciels : antécédents et conséquences du rejet de la proposition de directive du Parlement et du Conseil concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvres par ordinateur », in IRPI, *La propriété intellectuelle en question(s) Regards croisés européens*, Litec, 2006, p. 149



et des mathématiques », ce qui explique que les programmes d'ordinateurs aient été assimilés à des œuvres littéraires⁸⁶³.

M. BUYDENS l'explique par l'évolution qu'a connue l'informatique. En effet, au départ, il s'agissait d'un outil « *conçu par des mathématiciens, des linguistes et des logiciens* »⁸⁶⁴, qui relevait « *de la mathesis ou du domaine des structures abstraites sans influence directe sur les forces de la nature* »⁸⁶⁵. Elle ne répondait donc pas à la définition de l'invention, selon laquelle il faut une contribution à l'état de la technique. Mais l'informatique a connu un développement rapide. Aujourd'hui, l'informatique est utilisée à peu près partout dans la mesure où elle suit l'information, sa « *matière première* ». Elle a donc une expansion quasi-infinie. C'est pour cette raison que les industriels vont chercher à la protéger au maximum, les enjeux financiers étant considérables. Pour M. VIVANT, les programmes d'ordinateur ont pu accéder à la protection par le brevet car le terme technique est vague⁸⁶⁶. Cependant il y est favorable dans la mesure où il ne s'agit pas de « *création purement intellectuelle* ». Le logiciel a en effet une « *nature utilitaire et un caractère fonctionnel qui aurait dû logiquement le conduire à une protection par le brevet* »⁸⁶⁷.

Il semble que l'intérêt du brevet, ce pour quoi il est nécessaire, doit être pris en compte pour déterminer si ces restrictions, notamment celles relatives au logiciel sont pertinentes. La propriété intellectuelle serait en effet un « *mode de gestion de l'innovation* », ce qui justifie donc de l'adapter aux nouveaux outils qui apparaissent⁸⁶⁸.

Aujourd'hui, pour la chambre de recours de l'OEB, « *les programmes d'ordinateur peuvent être considérés comme des inventions brevetables s'ils présentent un caractère technique* »⁸⁶⁹.

⁸⁶³ M. BUYDENS, « La problématique de la brevetabilité des logiciels : antécédents et conséquences du rejet de la proposition de directive du Parlement et du Conseil concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvres par ordinateur », in IRPI, *La propriété intellectuelle en question(s) Regards croisés européens*, Litec, 2006, p. 151

⁸⁶⁴ *Ibid.*

⁸⁶⁵ M. BUYDENS, *op. cit.*, p. 150

⁸⁶⁶ M. VIVANT, « Protection-Conditions de fond : l'exigence d'invention », in M. VIVANT, dir. *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, grands arrêts, 2004, n°18, p. 235

⁸⁶⁷ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, précis Dalloz, 2^e édition, 2012, n° 143 ; sur le caractère fonctionnel de ces créations : M. VIVANT, « La brevetabilité des programmes d'ordinateur : faux problème juridique ? Vrai problème social ? », *Propriétés intellectuelles*, n°6, janvier 2003, p. 34, n°1

⁸⁶⁸ M. VIVANT, « Le système des brevets en question » in B. REMICHE (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général, actes du colloque de Louvain-la Neuve*, Larcier, Bruxelles, 2007, p. 43

⁸⁶⁹ A. Ballester Rodès, S. Demangue, C. Dimopoulos, B. Dobrucki, J. Osbeldiston, C. Pentheroudakis, Y. Podbielski, J. Serre, Service de recherche juridique des Chambres de Recours, *La jurisprudence des Chambres de recours de l'Office européen des brevets*, décembre 2006, 5e éd., [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/F7944E5E0AD5958DC12572BC004B2CB6/\\$File/clr_2006_fr.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/F7944E5E0AD5958DC12572BC004B2CB6/$File/clr_2006_fr.pdf), p. 6



Ces programmes peuvent avoir des résultats industriels⁸⁷⁰. Les logiciels peuvent désormais être protégés par le brevet, dans la mesure ils sont un élément d'un procédé technique. Ce n'est donc pas le programme d'ordinateur, mais l'ensemble du procédé qui est protégé⁸⁷¹. Ainsi, il y a une distinction à faire entre la brevetabilité du « procédé logiciel » et celui de l'algorithme. Breveter le procédé logiciel ne change pas le champ de ce qui est brevetable⁸⁷².

166. Les critiques de la brevetabilité. Certains contestent l'approche de l'OEB, et s'ils ne rejettent pas le fait que le programme puisse être une invention⁸⁷³, cela serait dû au fait qu'il s'agit d'un « « *procédé* », *considéré comme un ensemble d'étapes conduisant à un certain résultat* »⁸⁷⁴.

Pour ceux qui la contestent, l'extension du brevet a comme inconvénient d'être un instrument ayant un effet de blocage, la pratique des brevets « de barrière » ou « d'intimidation » en est un exemple⁸⁷⁵. Le cas le plus connu est celui de Microsoft. L'entreprise a eu recours à différents droits de propriété intellectuelle comme « *instruments de réservation d'un marché* »⁸⁷⁶. Or cela conduit à breveter notamment des protocoles, dont le caractère d'invention n'est pas avéré⁸⁷⁷. Surtout, le brevet ne remplirait plus ses fonctions⁸⁷⁸ et notamment celle de récompense. On peut alors, dans ce cas, se demander si la brevetabilité des logiciels serait un frein à la création. Dans cette affaire, ce n'est alors pas les droits de propriété intellectuelle qui garantissent la liberté de création, mais le droit de la concurrence.

Un autre domaine a suscité de vives controverses, il s'agit des biotechnologies (2).

⁸⁷⁰ J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de propriété industrielle*, précis Dalloz, 7^e édition, 2012, n° 222

⁸⁷¹ Frédéric POLLAUD-DULIAN, *La brevetabilité des inventions. Etudes comparatives France/OEB*, Litec, 1997

⁸⁷² M. VIVANT, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *RIDE*, 2006, p. 373, n° 10.1

⁸⁷³ Tout en soulevant la question de la pertinence du recours au brevet pour protéger les programmes : M. VIVANT, « La brevetabilité des programmes d'ordinateur : faux problème juridique ? Vrai problème social ? », *Propriétés intellectuelles*, n°6, janvier 2003, p. 36, n°11

⁸⁷⁴ M. VIVANT, *op. cit.*, n°7

⁸⁷⁵ M. VIVANT, « Le système des brevets en question » in B. REMICHE (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général, actes du colloque de Louvain-la Neuve*, Larcier, Bruxelles, 2007, p. 27

⁸⁷⁶ V.-L. BENABOU, « Transversales », comm. de l'Ordonnance du Président du Tribunal de première instance communautaire, 22 décembre 2004, aff. T-201-04 R, *propriétés intellectuelles*, janvier 2005, n°14, p. 89, spéc. p. 90

⁸⁷⁷ V.-L. BENABOU, *op. cit.*, p. 91

⁸⁷⁸ M. VIVANT, « Le système des brevets en question » in B. REMICHE (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général, actes du colloque de Louvain-la Neuve*, Larcier, Bruxelles, 2007, p. 27

2. Les controverses suscitées par la biotechnologie

167. L'éthique. Les inventions sont susceptibles d'être protégées dans tous les domaines technologiques, si les conditions de brevetabilité sont remplies. Le domaine de la biotechnologie a posé problème pour des raisons notamment éthiques⁸⁷⁹.

168. La biotechnologie. Breveter le « vivant » est une préoccupation ancienne⁸⁸⁰. Cela a commencé avec les microorganismes⁸⁸¹, la question s'est ensuite posée à propos des animaux transgéniques.

Le terme biotechnologies comprend « *l'ensemble des techniques qui visent l'exploitation industrielle des microorganismes, des cellules du vivant* »⁸⁸². Ces techniques sont le « *prolongement des fermentations obtenues par des méthodes ancestrales* »⁸⁸³. Ce qui est brevetable, ce n'est donc pas le microorganisme, la séquence de gène ou le vivant mais l'invention relative à ceux-ci⁸⁸⁴. Pour d'autres, les brevets portent sur de l'information, codée génétiquement⁸⁸⁵. Or cela peut poser problème dans la mesure où « *l'information couverte par le monopole du brevet pourra dans certains cas s'avérer essentielle au développement d'autres inventions* »⁸⁸⁶.

169. La critique de la prise en compte de l'éthique par le brevet. C'est un domaine où la réservation est particulièrement critiquée dans la mesure où la création concerne le vivant. Des questions d'ordre éthiques se posent donc⁸⁸⁷. La prise en compte de l'ordre public et des bonnes mœurs est cependant contestée pour déterminer la brevetabilité des inventions. Les principes éthiques ou moraux ne devraient être pris en considération qu'en amont ou en aval des critères de brevetabilité⁸⁸⁸. Pour les tenants de cette solution, cela se justifie parce

⁸⁷⁹ Ces questions ne se sont pas toujours posées. Sur l'historique voir : H. GAUMONT-PRAT, « Brevetabilité du vivant : animal, végétal et humain. – inventions biotechnologiques et contexte sociojuridique », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4240, 2008, n°24

⁸⁸⁰ H. GAUMONT-PRAT, « Brevetabilité du vivant : animal, végétal et humain. – inventions biotechnologiques et contexte sociojuridique », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4240, 2008, n°11

⁸⁸¹ Il s'agit des levures

⁸⁸² H. GAUMONT-PRAT, *op. cit.*, n°2

⁸⁸³ *Ibid.*

⁸⁸⁴ H. GAUMONT-PRAT, *op. cit.*, n°1

⁸⁸⁵ V. OST, « Les brevets portant sur les inventions biotechnologiques », in B. REMICHE (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général, actes du colloque de Louvain-la Neuve*, Larcier, Bruxelles, 2007, p. 142

⁸⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁸⁷ H. GAUMONT-PRAT, *op. cit.* n°4

⁸⁸⁸ V. OST, *op. cit.* p. 151



que le brevet interdit l'exploitation de l'invention par un tiers, mais ne confère aucun droit de l'exploiter⁸⁸⁹. La législation générale sur le brevet est quant à elle purement technique⁸⁹⁰.

Dans le sens contraire, d'autres ont souligné que le droit des brevets ne peut protéger l'auteur d'une « *invention contraire à ses principes* »⁸⁹¹. Il ne pourrait en effet s'agir d'un droit neutre⁸⁹².

170. Ce qui est brevetable. En pratique, on constate qu'un gène ayant subi une manipulation humaine est brevetable. *A priori*, ce ne sera pas le gène en lui-même, tel qu'il est présent dans la nature, qui sera brevetable. N'étant pas accessible naturellement, l'isolement du gène est en effet un travail nécessaire⁸⁹³. Si le gène lui-même n'est pas une invention, l'isolement de celui-ci est susceptible d'en être une⁸⁹⁴.

Ainsi, a été considérée comme une invention brevetable, une protéine pour laquelle il avait été trouvé un usage, et qui avait une application concrète⁸⁹⁵. Il faut toutefois préciser que la frontière entre découverte et invention est « *délicate à tracer* »⁸⁹⁶. Et ce sera le « *caractère décisif de l'intervention de l'homme* » ainsi que « *l'applicabilité technique de son résultat* » qui détermineront la brevetabilité⁸⁹⁷.

171. Le risque d'une telle protection pour la liberté de création. On assiste à une extension du domaine protégeable⁸⁹⁸. Il semble que cela est dû à la valeur économique des

⁸⁸⁹ *Ibid.*

⁸⁹⁰ *Ibid.*

⁸⁹¹ V. OST, « Les brevets portant sur les inventions biotechnologiques », in B. REMICHE (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général, actes du colloque de Louvain-la Neuve*, Larcier, Bruxelles, 2007, p. 152, n° 40

⁸⁹² J.-M. BRUGUIERE, « 7. Propriété intellectuelle et ordre public », in M. VIVANT (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, p. 85 et suiv., spéc. p. 98

⁸⁹³ J.-M. BRUGUIERE, « 4. Appropriation du vivant. Grand procès (désordonné) contre la propriété intellectuelle. Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques : « Les conséquences des modes d'appropriation du vivant sur les plans économiques, juridique et éthique » », mars 2004, www.assemblee-nat.fr, *Propriétés intellectuelles* juillet 2004, n° 12, p. 838

⁸⁹⁴ *Ibid.*. Pour P. TAFFOREAU en revanche, l'isolement ne constitue pas une invention, c'est le « procédé utilisant la connaissance des propriétés d'un gène » qui est brevetable : P. TAFFOREAU, « La brevetabilité du génome humain », *Propriétés industrielles*, n°3, mars 2005, étude 7

⁸⁹⁵ Voir l'affaire de la Relaxine : *OEB, div. opp.*, 8 déc. 1994 : *JO OEB* 1995, p. 388 ; J.-C. GALLOUX, « La brevetabilité de fragments d'ADN humain sous la Convention sur le brevet européen », *Dalloz*, 1996, jurispr. p. 44

⁸⁹⁶ J.-C. GALLOUX, « La brevetabilité de fragments d'ADN humain sous la Convention sur le brevet européen », *Dalloz* 1996, p. 44, n°10

⁸⁹⁷ J.-C. GALLOUX, « La brevetabilité de fragments d'ADN humain sous la Convention sur le brevet européen », *Dalloz* 1996, p. 44, n°10 ; H. GAUMONT-PRAT, « Brevetabilité du vivant : animal, végétal et humain. Application du droit des brevets aux inventions biotechnologiques », *Jurisclasseur Brevets*, fasc. 4241, novembre 2008, n°9

⁸⁹⁸ H. GAUMONT-PRAT, « Brevetabilité du vivant : animal, végétal et humain. – inventions biotechnologiques et contexte sociojuridique », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4240, 2008, n°10 ; Th. MARTEU, *Les informations génétiques saisies par le brevet d'invention*, thèse, Nice, 2009, n° 139



créations dans ce domaine⁸⁹⁹. En effet, grâce à une telle protection, des progrès thérapeutiques majeurs sont rendus possible par la mise au point de nouveaux médicaments et de nouvelles thérapies⁹⁰⁰.

Le risque que présente la brevetabilité ici tient à l'appropriation trop forte des ressources que représentent l'information génomique. Les détenteurs de tels brevets ont en effet le droit d'en interdire l'accès, risquant ainsi de « *bloquer la réalisation de produits de santé en aval* »⁹⁰¹. Le risque d'appropriation excessive est dû notamment au fait que le brevet n'est plus une récompense attribuée en échange de la divulgation de l'invention. En effet, il se mue en un « *droit d'exploration* »⁹⁰², et non plus d'exploitation, dans la mesure où les entreprises demandent des brevets « *souvent plus « en amont » du processus de recherche que dans d'autres domaines* », c'est-à-dire avant création. Cela peut entraîner « *des difficultés importantes pour les sociétés et les laboratoires souhaitant innover en aval de ces brevets* »⁹⁰³. Il est donc nécessaire que les brevets ne soient pas délivrés de manière trop laxiste. Cela limiterait excessivement la liberté de la recherche, et donc la liberté de création, que doivent préserver les droits de propriété intellectuelle.

La notion de création a évolué. Par les modes de création, ou encore l'évolution de l'industrie et de la recherche. Ainsi, le législateur a dû s'adapter et créer des outils spécifiques pour certaines formes de créations (§ 2).

§ 2 : Les créations annexes

172. Les protections spécifiques à certaines créations. Avec le développement de créations particulières, des droits mieux adaptés⁹⁰⁴ que le brevet ont été créés. Ainsi, des protections spécifiques ont été adoptées, pour les obtentions végétales, ou encore pour les topographies de semi-conducteurs.

⁸⁹⁹ H. GAUMONT-PRAT, *op. cit.* n° 8 ; il est incontestable que « *cette « marchandisation » ait largement envahi le domaine du vivant* » : J.-M. BRUGUIERE, « 4. Appropriation du vivant. Grand procès (désordonné) contre la propriété intellectuelle. Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques : « Les conséquences des modes d'appropriation du vivant sur les plans économiques, juridique et éthique », mars 2004, www.assemblee-nat.fr » », *Propriétés intellectuelles*, juillet 2004, n° 12, p. 837

⁹⁰⁰ Th. MARTEU, *Les informations génétiques saisies par le brevet d'invention*, thèse, Nice, 2009, n° 160

⁹⁰¹ Cite M. Heller et R. Eisenberg : J.-M. BRUGUIERE, *op. cit.* n° 12, p. 838

⁹⁰² B. CORIAT, « Le nouveau régime américain de la propriété intellectuelle », *Revue d'Economie industrielle*, 2002, n° 99, p. 17 et s. cité par M. VIVANT, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle, *RIDE*, 2006, p. 374, n° 10.2

⁹⁰³ V. OST, « Les brevets portant sur les inventions biotechnologiques », in B. REMICHE (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général, actes du colloque de Louvain-la Neuve*, Larcier, Bruxelles, 2007, p. 142, n° 22-24

⁹⁰⁴ J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de propriété industrielle*, précis Dalloz, 7^e édition, 2012, n° 953

173. Les variétés végétales. Le droit des brevets étant inadapté à ces créations⁹⁰⁵, les variétés végétales ont été protégées par la Convention de Paris du 2 décembre 1961⁹⁰⁶. Les obtentions végétales sont aujourd'hui également protégées au niveau européen⁹⁰⁷. La distinction qui est faite en droit des brevets entre l'invention, considérée comme une création répondant aux critères de la brevetabilité, et la découverte ne s'applique pas dans ce domaine.

En droit des obtentions végétales, la protection s'étend à la variété nouvelle, qu'elle soit « *créée ou découverte* »⁹⁰⁸. La chambre de recours de l'OCVV⁹⁰⁹ a précisé que « *le concept de création [...] n'implique pas nécessairement inventer quelque chose de totalement nouveau mais implique la plantation, la sélection, l'élevage d'un matériel préexistant et son développement en une variété finie* »⁹¹⁰. L'investissement humain, ainsi que le savoir-faire professionnel de l'obteneur sont protégés⁹¹¹. La découverte est « *la reconnaissance par l'œil exercé de l'obteneur parmi une population d'individus différents* »⁹¹². Une protection peut être accordée lorsque la découverte est accompagnée « *d'une volonté de destiner ou de soumettre l'objet à des finalités humaines étrangères à sa nature* »⁹¹³.

La création est ici entendue au sens large. Elle est considérée dans son « *rapport au monde du produit végétal* »⁹¹⁴. Lorsqu'une espèce est inconnue, elle est considérée comme non existante jusqu'à sa révélation⁹¹⁵.

⁹⁰⁵ J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *op. cit.* n° 1028 ; F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, 2010, p. 462, n° 879 : « *la condition d'activité inventive s'adapte mal aux inventions de plantes et ne rend pas compte [d'éléments tels que] la distance variétale ou la nécessité d'une certaine stabilité et homogénéité des caractères du végétal nouveau* ».

⁹⁰⁶ J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de propriété industrielle*, précis Dalloz, 7^e édition, 2012, n° 1024

⁹⁰⁷ Règlement n°2100-94 du 27 juillet 1994

⁹⁰⁸ L'article L. 623-1 CPI dispose que « *Pour l'application du présent chapitre est appelée « obtention végétale » la variété nouvelle, créée ou découverte: 1° Qui se différencie des variétés analogues déjà connues par un caractère important, précis et peu fluctuant, ou par plusieurs caractères dont la combinaison est de nature à lui donner la qualité de variété nouvelle;*

2° Qui est homogène pour l'ensemble de ses caractères;

3° Qui demeure stable, c'est-à-dire identique à sa définition initiale à la fin de chaque cycle de multiplication ».

L'article 11 du règlement de base instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales ouvre la protection à celui qui « *a créé ou qui a découvert et développé la variété* ».

⁹⁰⁹ Office communautaire des variétés végétales

⁹¹⁰ Cité par J.-Ch. GALLOUX, « Premier bilan de la protection communautaire des variétés végétales », *propriété s intellectuelles*, juillet 2005, n° 16, doctrine p. 285 et suiv., spéc. p. 288 : affaire A-017/2002 du 3 avril 2003

⁹¹¹ J.-Ch. GALLOUX, « jurisprudence en matière de certificat d'obtention végétale », *RTD com*, 2005, p. 297

⁹¹² *Ibid.*

⁹¹³ J.-Ch. GALLOUX, « Premier bilan de la protection communautaire des variétés végétales », *propriétés intellectuelles*, juillet 2005, n° 16, doctrine p. 285 et suiv., spéc. p. 289

⁹¹⁴ M. VIVANT, « Pour une épure de la propriété intellectuelle », in *Propriétés intellectuelles. Mélanges en l'honneur de André FRACON*, Dalloz 2005, p. 415 et s., spéc. p. 418, n° 5

⁹¹⁵ *Ibid.*



174. Les topographies de produits semi-conducteurs. Un autre droit spécifique a été créé pour les topographies de produits semi-conducteurs. Ce sont des « connaissances techniques » pour le code, comme les obtentions végétales, le secret de fabrique. Les produits semi-conducteurs sont définis par la directive européenne du 16 décembre 1986⁹¹⁶, ils sont plus couramment désignés par le terme de « puces ». La protection leur a été accordée par la loi du 4 novembre 1987⁹¹⁷ afin de protéger l'investissement⁹¹⁸. La logique économique est prépondérante⁹¹⁹, mais la loi exige néanmoins un effort intellectuel⁹²⁰. La topographie ne doit pas non plus être « *courante dans le secteur des semi-conducteurs* »⁹²¹. Il s'agirait d'une « *condition subjective d'activité créatrice, qu'en raison, il semble falloir situer en deçà de la condition d'activité inventive connue du droit des brevets ou d'originalité connue du droit d'auteur* »⁹²².

Les créations industrielles comprennent, pour de nombreux auteurs⁹²³, les inventions, les produits semi-conducteurs, les obtentions végétales, les dessins et modèles. Ils les opposent aux signes distinctifs. On peut donc se demander dans quelle mesure les marques peuvent être considérées comme des créations, et en quoi elles peuvent être concernées par la liberté de création (§ 3).

⁹¹⁶ Article premier de la directive 87/54/CEE : « 1. Aux fins de la présente directive, on entend par :

a) « produit semi-conducteur » la forme finale ou intermédiaire de tout produit :

i) composé d'un substrat comportant une couche de matériau semi-conducteur et

ii) constitué d'une ou de plusieurs autres couches de matières conductrices, isolantes ou semi-conductrices, les couches étant disposées conformément à une configuration tridimensionnelle prédéterminée et

iii) destiné à remplir, exclusivement ou non, une fonction électronique ».

⁹¹⁷ Transposant la directive européenne du 16 décembre 1986

⁹¹⁸ J. FOYER, cité par M. VIVANT (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, éd. Ellipses, Paris, juillet 1997, p. 84 ; A. LUCAS, J. DEVEZE, J. FRAYSSINET, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, novembre 2001, n° 485

⁹¹⁹ M. VIVANT (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, éd. Ellipses, Paris, juillet 1997, p. 84

⁹²⁰ Art. L. 622-1 al. 1 CPI : « La topographie finale ou intermédiaire d'un produit semi-conducteur traduisant un effort intellectuel du créateur peut, à moins qu'elle ne soit courante, faire l'objet d'un dépôt conférant une protection prévue par le présent chapitre ». [Loi n° 87-890 du 4 novembre 1987].

⁹²¹ A. LUCAS, J. DEVEZE, J. FRAYSSINET, *op. cit.* n° 492

⁹²² M. VIVANT (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, éd. Ellipses, Paris, juillet 1997, p. 85 ; dans le même sens : A. LUCAS, J. DEVEZE, J. FRAYSSINET, *op. cit.* n° 488

⁹²³ Voir notamment J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de propriété industrielle*, précis Dalloz, 7^e édition, 2012, n°3



§ 3 : Les marques

175. Une protection ancienne. La protection par les marques est ancienne. La marque est définie par sa fonction⁹²⁴, qui consiste pour son titulaire à distinguer ses produits ou services de ceux de ses concurrents⁹²⁵. Cette fonction a évolué au cours des siècles. Il s'agissait d'un « simple mode de signature des marchandises »⁹²⁶ sous l'Antiquité. Les marques ont ensuite permis la « *garantie de la qualité et de l'origine des produits désignés* »⁹²⁷, également « *de lutter contre les concurrents qui utilisent indûment le signe pour vendre leur production* »⁹²⁸. Aujourd'hui, il apparaît que la marque est devenue « *un instrument juridique au service de la stratégie des entreprises* »⁹²⁹. Il a également été fait référence à la « *fonction d'investissement de la marque* », qui n'existe que pour les marques employées comme « *instrument de stratégie commerciale* »⁹³⁰, et semble très proche de la fonction de publicité⁹³¹.

176. Fonction de la marque et objet de protection. Or cette absorption⁹³² de la marque par sa fonction d'identification du produit conduit la grande majorité de la doctrine à considérer que celle-ci ne peut être une véritable création⁹³³. Mais il ne semble pas que la fonction du droit permette d'écarter la qualité de création du signe distinctif. Dans ce sens, il est également possible de relever, si l'on peut raisonner par analogie, que l'originalité d'une œuvre d'art n'est pas appréciée par rapport à son utilité ou à sa qualité en droit d'auteur⁹³⁴. La fonction de la marque, qui semble la définir, ne doit pas être prise en compte pour estimer si celle-ci est ou non une création.

⁹²⁴ Ch. DE HAAS, « La fonction d'identification de la marque, la bonne fonction essentielle qui éclipse toutes les autres », *propriétés intellectuelles*, janvier 2013, n° 46, p. 4 et suiv. (p. 4)

⁹²⁵ F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, 2010, n°1293, p. 710

⁹²⁶ M. VIVANT (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, éd. Ellipses, Paris, juillet 1997, p. 96

⁹²⁷ M. VIVANT (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, éd. Ellipses, Paris, juillet 1997, p. 96 ; Ch.

GEIGER, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *Dalloz*, 2010, p. 510 et suiv.

⁹²⁸ Ch. GEIGER, « Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle ? », *JCP G*, n°29, 14 juillet 2004, p. 1313 et suiv., doctrine I, 150, n°4 ; Ch. GEIGER, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *Dalloz*, 2010, p. 510 et suiv.

⁹²⁹ Y. REBOUL, « Le droit de marque à l'aube du 3e millénaire », *JCP G*, n°1, 5 janvier 2000, I, 196, n°4 ; pour Y. BASIRE, « La fonction patrimoniale de la marque », *Legicom*, n°44, 2010/1, p. 17 et suiv., p. 19 : la marque a une fonction patrimoniale.

⁹³⁰ CJUE, 22 septembre 2011, n° C6323/09, pt 39

⁹³¹ J.-P. CLAVIER, obs. CJUE, 22 septembre 2011, n° C6323/09, « La CJUE tente de préciser la fonction d'investissement de la marque », *L'essentiel de la propriété intellectuelle*, 2011, n°10, p. 6.

⁹³² M. VIVANT, « Pour une épure de la propriété intellectuelle », in *Propriétés intellectuelles. Mélanges en l'honneur de André FRACON*, Dalloz 2005, p. 415 et s., spéc. p. 418, n° 5

⁹³³ M. VIVANT, « Pour une épure de la propriété intellectuelle », in *Propriétés intellectuelles. Mélanges en l'honneur de André FRACON*, Dalloz 2005, p. 415 et s., spéc. p. 418, n° 5 ; F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, 2010, n°43, p. 23

⁹³⁴ T. REVET, *La force de travail*, Paris, Litec, 1992, p. 578, n°542



Certains distinguent le signe distinctif de la création nouvelle, voire même les opposent⁹³⁵.

Ainsi, F. POLLAUD-DULIAN affirme que la marque, plus largement les signes distinctifs ne sont pas le fruit d'une activité inventive ou créatrice⁹³⁶. Il reconnaît cependant qu'un signe peut être protégé par le droit d'auteur ou le droit des dessins et modèles, en tant que création originale, tout en relevant du droit de marques, lorsque le signe sert à distinguer les produits ou services⁹³⁷. Cela est d'autant plus vrai aujourd'hui, que la création d'une marque pour un produit ou service donné devient une opération complexe⁹³⁸. Les enjeux sont tels que « *des spécialistes du marketing, du commerce, des juristes mais aussi des sociologues et autres praticiens des sciences sociales* » interviennent dans celle-ci⁹³⁹.

177. La marque est une création. Si l'originalité est faible, on ne peut occulter que l'association d'une marque, notamment lorsqu'elle est constituée de mots, avec un produit particulier, résulte d'une création⁹⁴⁰. Ainsi, la marque, dans son rapport au produit ou service doit nécessairement, « *présenter un caractère de « distinctivité » qui s'oppose à la banalité et suppose par le fait même créativité* »⁹⁴¹.

Dans sa définition même, telle qu'elle est donnée par le code de propriété intellectuelle⁹⁴², la marque est nécessairement distinctive, une marque ne doit pas être banale ou descriptive⁹⁴³, nécessaire ou générique⁹⁴⁴. L'article L. 711-2 alinéa 1 CPI dispose que « *le caractère*

⁹³⁵ J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de propriété industrielle*, précis Dalloz, 7^e édition, 2012, n° 1414 : il existerait une différence fondamentale entre les droits sur les créations nouvelles et la marque.

⁹³⁶ F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999, p. 20, n°45

⁹³⁷ *Ibid.*

⁹³⁸ J.-P. DOAT, « La marque, création objet de droit d'auteur : portée et limites de l'application », à propos de cass. com. 4 juillet 2006, n°03-13.728, *RLDI*, janvier 2007, n°23, p. 6 et suiv. (p. 6)

⁹³⁹ Y. REBOUL, « Le droit de marque à l'aube du 3^e millénaire », *JCP G*, n°1, 5 janvier 2000, I, 196, n°6 ; J.-P. DOAT, « La marque, acte de création. Réflexions d'un praticien », *RLDI*, juillet/août 2006, n°18, p. 61 et suiv. : la création de la marque résulte en effet d'un véritable travail. Un cahier des charges brossant le portrait de la marque idéale peut être produit, de nombreux noms proposés avant d'arriver à la marque qui sera choisie.

⁹⁴⁰ J.-P. DOAT, « La marque, création objet de droit d'auteur : portée et limites de l'application », à propos de cass. com. 4 juillet 2006, n°03-13.728, *RLDI*, janvier 2007, n°23, p. 6 et suiv. (p. 9) : La marque est « *réellement une création (...). Il n'existe aucune raison objective, alors que l'inventeur et le designer sont reconnus, de feindre de croire que la marque née spontanément, sans activité de l'esprit, sans auteur* ».

⁹⁴¹ M. VIVANT, « Pour une épure de la propriété intellectuelle », in *Propriétés intellectuelles. Mélanges en l'honneur de André FRACON*, Dalloz 2005, p. 415 et s., spéc. p. 418, n° 5. Voir par exemple CA Paris, 23 janvier 1979, *RIPIA*, n°116, juin 1979, p. 288 : la marque « eau de voyage » a été refusée pour Vuitton, pour désigner des « *produits de parfumerie, de beauté, savonnerie, fards, huiles essentielles, cosmétiques, produits pour la chevelure, dentifrices* ». En effet, « *L'adjonction de l'expression « de voyage » au terme « Eau » n'apporte aucun élément particulier permettant de donner à l'ensemble un caractère distinctif pour désigner des produits de beauté ou de parfumerie, de nature à être utilisés à l'occasion de voyages* ».

⁹⁴² Article L. 711-1 al. 1 CPI : « *La marque de fabrique, de commerce ou de service est un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale* ».

⁹⁴³ Sur la marque descriptive : A. FRANCON, « La prohibition des marques descriptives en Droit français », in *Hommage à Henri Desbois, études de propriété intellectuelle*, Dalloz, 1974, p. 127 et suiv.

⁹⁴⁴ Y. REBOUL, « Le droit de marque à l'aube du 3^e millénaire », *JCP G*, n°1, 5 janvier 2000, I, 196, n°6



distinctif d'un signe de nature à constituer une marque s'apprécie à l'égard des produits ou services désignés ». A cet égard, un mot⁹⁴⁵ ou un objet⁹⁴⁶ peuvent être considérés comme des marques, dans la mesure où c'est la distinctivité du produit par rapport au signe qui est appréciée. C'est en effet la relation entre le signe et le produit que le titulaire désigne au moyen de ce signe. Dans certains cas, l'association entre le produit et le signe peut être assez évidente, le fruit de peu de réflexion, lorsque l'on se situe dans un secteur d'activité où les caractéristiques techniques du produits priment et où la marque joue un rôle secondaire⁹⁴⁷. Mais il existe bien souvent un réel acte de création, d'autant plus que cette création doit assurer à son titulaire la maîtrise d'un marché⁹⁴⁸. La marque résulte donc d'une création, qui peut représenter, de plus, « un investissement considérable »⁹⁴⁹. Les marques tendent donc à être de plus en plus étudiées et originales⁹⁵⁰. Ainsi, ces œuvres, dessin, photographie⁹⁵¹... peuvent soit préexister, soit être créée pour cet usage⁹⁵². Il y a eu une évolution, qui tend à brouiller les frontières entre les différents types de créations, confirmant l'unité, malgré les types distincts de créations, et les différences de protection indispensable pour leur efficacité.

178. Liberté de création et marques. La liberté dans la création de la marque est effectivement nécessaire. Le droit des marques limite donc l'appropriation des marques, conformément à leur fonction.

La restriction de la réservation est également nécessaire pour garantir la liberté de création des autres créateurs susceptible d'utiliser le même signe, en tant que marque ou dans une œuvre de l'esprit.

179. Conclusion du chapitre. La liberté de création est au centre des droits de propriété intellectuelle. L'objet de ces droits est la création. La création elle-même est une notion complexe dont la protection par les droits de propriété intellectuelle a une incidence

⁹⁴⁵ Par exemple le mot « femme » pour un parfum : TGI Paris, 6 mai 1998, *PIBD* n° 663, 1998, III, p. 520

⁹⁴⁶ « La représentation d'une pomme pour désigner des soutiens-gorges constitue une marque figurative valable, car le rapprochement entre la lingerie féminine et le fruit défendu est bien trop ingénieux pour que l'on puisse sérieusement songer à en contester la distinctivité » : G. BONET, « Distinctivité du signe », *jurisclasseur marques-dessins et modèles*, fasc. 7090, 2007, n°21, à propos de TGI Paris, 3^e ch., 11 juillet 1984, *PIBD* n° 363, 1985, III, p. 80

⁹⁴⁷ Dans le sens d'une faible créativité, voire de simple « choix » pour ces produits : J.-P. DOAT, « La marque, acte de création. Réflexions d'un praticien », *RLDI*, juillet/août 2006, n°18, p. 61 et suiv. (p. 61)

⁹⁴⁸ M. VIVANT, « Marque et fonction sociale de la marque. Ou quand la réalité passe par le rêve ? », in Ch. GEIGER et J. SCHMIDT-SZALEWSKI (dir.), *Les défis du droit des marques au XXI^e siècle. Actes du colloque en l'honneur du professeur Yves Reboul*, Litec, 2010, p. 145 et suiv., spéc. p. 147

⁹⁴⁹ F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, éd. Economica, 2010, p. 710, n° 1294

⁹⁵⁰ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, p. 800, n° 1401: « si le signe utilisé comme marque n'a pas besoin d'être original ; il est possible et fréquent de choisir une œuvre de l'esprit pour servir de marque ».

⁹⁵¹ Voir les exemples cités par F. POLLAUD-DULIAN, in F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, p. 800, n° 1401

⁹⁵² *Ibid.*



directe sur la liberté de création. L'arbitrage entre ce qui est protégeable et ce qui ne l'est pas est donc primordial pour l'équilibre à trouver entre protection et liberté, afin de garantir la liberté de création. La création, entendue au sens large, comme l'objet des droits de propriété intellectuelle, a connu une évolution importante. Cela a conduit à une « *radicale extension du champ* »⁹⁵³ des droits de propriété intellectuelle. Ce constat a été fait tant pour les œuvres de l'esprit que pour les inventions. De plus, l'évolution de la création conduit à brouiller les frontières préalablement établies entre invention et création, invention et découverte, puisque sont désormais également prises en considération les « *nécessités économiques et les objectifs politiques et sociaux de la société contemporaine* »⁹⁵⁴. De plus, le caractère de création des marques est désormais difficile à contester. La matière a dû être adaptée, ses contours redessinés. Avec le risque de déséquilibrer la balance existante entre les différents intérêts concernés par les droits de propriété intellectuelle.

180. Conclusion du titre. La liberté de création est distincte d'autres libertés fondamentales, telles que la liberté d'expression et a un objet spécifique, la création. On peut comprendre la liberté de création comme une simple limite externe aux droits de propriété intellectuelle, limitant l'appropriation au profit de futurs créateurs. Cela est réducteur. La liberté de création est en effet incluse dans les dispositions du code de propriété intellectuelle. Les limites à l'appropriation sont externes et internes⁹⁵⁵. Elle semble même être un principe qui gouverne la matière. Il ne peut en effet y avoir de liberté sans protection des acteurs de la création. Lorsque l'on considère la propriété intellectuelle par ses finalités, la possibilité laissée aux créateurs de créer, l'encouragement de la création vont de pair avec la préservation des intérêts des créateurs. Les droits qui leur sont accordés ont été pensés pour les récompenser. Ils sont de plus limités afin de ne pas entraver la création future. Ainsi, certaines règles tendent à instaurer un équilibre entre les intérêts des créateurs et des futurs créateurs, plus spécifique à la situation et au type de création concerné. La liberté de création peut alors être réduite, afin de préserver les droits des créateurs qui pourraient être excessivement restreints par l'exercice de celle-ci. Il existe donc, en plus de restrictions générales aux droits exclusifs, des règles plus spécifiques.

⁹⁵³ Ch. CEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, Paris, 2004, n°306, p. 265 : à propos du droit d'auteur, mais ce constat peut être étendu à toute la propriété intellectuelle

⁹⁵⁴ Ch. ALLEAUME, « La mise en balance du droit d'auteur », *revue internationale de droit comparé*, 2-2010, p. 423 et suiv., spéc. p. 430, n°15

⁹⁵⁵ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, n° 564



L'équilibre entre les différents intérêts des acteurs de la création semble être défavorable à la liberté de création, dans la mesure où la protection penche aujourd'hui en faveur de l'investissement.



TITRE 2 : LA LIBERTE DE CREATION COMME IMPERATIF SOUS-JACENT DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE

181. La liberté de création est incluse dans les droits de propriété intellectuelle. Elle se manifeste à travers la limitation des droits privatifs, permettant l'équilibre entre les créateurs et les futurs créateurs, elle se manifeste également dans des cas particuliers, lorsque les limites générales ne sont pas suffisantes pour garantir une liberté de création satisfaisante. Les créateurs doivent pouvoir utiliser, s'inspirer des créations existantes. Cependant, cette utilisation ne doit pas se faire au détriment des créateurs, ce qui reviendrait à vider les droits de propriété intellectuelle de leur substance. Cela explique que les droits accordés aux créateurs et aux futurs créateurs sont clairement établis. Il existe un équilibre entre propriété et liberté⁹⁵⁶. Un ajustement par les juges est parfois nécessaire, ce qui ne remet pas en cause ces limites, mais permettent au contraire à celles-ci d'être adaptées aux cas qui peuvent se présenter. L'équilibre résulte donc de règles générales, limitant les droits des créateurs. Ce sont les limites dans le temps essentiellement qui garantissent la liberté de création. Ces deux éléments⁹⁵⁷ de « *pondération des intérêts dans la législation sur le droit d'auteur* »⁹⁵⁸ sont indispensables à la création. Ces exceptions au droit d'auteur n'ont pas été consacrées par les droits de propriété industrielle. La conservation du fonds commun est néanmoins commune à toute la propriété intellectuelle.

Il semble que, plus largement, une protection prenant en compte la spécificité de la création intellectuelle, adaptée à celle-ci participe à la liberté de création. Ainsi, il existe également des limites qui tiennent à l'existence d'une création. Pour être protégée, une création ne doit pas être une copie. Il n'y a en effet pas de liberté de création dans la copie. L'insuffisance de liberté de création permet de rejeter la protection par un droit de propriété intellectuelle, droit d'auteur ou droit de dessin ou modèle. La liberté de création permet donc la création, tout en limitant la protection à ces créations dont la production résulte d'une liberté suffisante.

La liberté de création se manifeste donc dans l'adaptation de la protection à la spécificité de la création intellectuelle (sous-titre 1) et dans la possibilité de créer à partir de créations protégées, par le biais d'« exceptions » (sous-titre 2).

⁹⁵⁶ Ch. GEIGER, « Droit d'auteur et liberté de création artistique : un fragile équilibre. Libres propos à partir de l'arrêt "Victor Hugo" de la Cour de cassation du 30 janvier 2007 », *RLDI*, avril 2007, n°26, p.59

⁹⁵⁷ V.-L. BENABOU, « Puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA*, 2002/2, p. 77 : l'auteur considère que la durée de protection et les exceptions aux droits sont des éléments majeurs de pondération des intérêts.

⁹⁵⁸ *Ibid.*



SOUS-TITRE 1 : LA LIBERTE DE CREATION PERMISE PAR UNE PROTECTION ADAPTEE A LA SPECIFICITE DE LA CREATION INTELLECTUELLE

182. La protection de la création rencontre deux limites principales. La limitation de la protection dans le temps, qui est le principe⁹⁵⁹, permet de « *préserver la liberté du commerce et de l'industrie et donc l'intérêt collectif* »⁹⁶⁰. On peut également justifier le fait que les œuvres tombent dans le domaine public au bout d'un certain temps par la volonté d'équilibrer entre les droits du public et ceux des auteurs. Il s'agirait d'une manifestation du droit à l'information, relatif, en raison du fait que les créations, en particulier les œuvres, restent payantes⁹⁶¹. La fin de la protection bénéficierait donc aux éditeurs, producteurs et autres commerçants⁹⁶². Le caractère temporaire du monopole est donc favorable à différents acteurs. Ce mécanisme est en particulier favorable à la liberté de création, puisque les futurs créateurs peuvent s'inspirer non seulement de ce qui n'est pas appropriable, mais aussi de créations dont le délai de protection a expiré.

La seconde limite à la protection de la création tient à la nécessité d'une création. C'est à dire que seule une création, entendue comme l'expression d'un choix peut être protégée, limitant ainsi l'accès à la protection. Cette création a comme limite le savoir-faire ou la simple exécution sous des directives précises, sans aucune liberté. De plus, la création s'oppose à la copie. La distinction entre création et copie n'est cependant pas toujours évidente.

Il existe donc des limites résultant de l'équilibre entre les droits des créateurs et ceux des futurs créateurs résultant de l'existence d'un fonds commun librement réutilisable (chapitre 1). La spécificité de la protection provient également l'objet de la protection : en effet, seule la création, constituée par l'expression d'un choix peut être protégée (chapitre 2).

⁹⁵⁹ Pour de nombreux auteurs, les droits de propriété intellectuelle constituent l'exception au principe de liberté du commerce et de l'industrie.

⁹⁶⁰ F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, Précis Domat, 1999, n°27 ; J. PASSA, « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », *Dalloz* 2000, p. 297, n°7

⁹⁶¹ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2009, n°339

⁹⁶² P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2012, 8^e éd., n° 390, p. 393 ; Ch. CARON, *Mélanges Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 245 et suiv., spéc. p. 258, n°13



CHAPITRE 1 : L'EQUILIBRE ENTRE DROITS DES CREATEURS ET DROITS DES FUTURS CREATEURS RESULTANT DU FONDS COMMUN

183. La création inspirée par les créations existantes. Si les droits de propriété intellectuelle, tout en protégeant les créateurs, aménagent également des espaces de liberté permettant la création future, c'est parce qu'il ne peut y avoir de création qu'à partir des créations existantes, de ce qui existe⁹⁶³. Cette observation a été souvent exprimée. Il a par exemple été affirmé que « *le travail de l'homme, pour s'asservir et s'approprier la nature matérielle, dure depuis le jour où le premier homme a été mis sur la terre ; et une génération ne produit et n'invente qu'avec l'appui et le service de tout le travail accumulé par les générations qui l'ont précédée* »⁹⁶⁴. Cette nécessité de s'inspirer de ce qui existe a également été rappelée par rapport à la création d'œuvre d'art, MALRAUX a en effet écrit : « *pas un style, pas un maître qui ne se dégage de la gangue d'un autre* »⁹⁶⁵. Cela ne se limite pas à la reprise d'idées, puisque cela signifie que les créateurs utilisent nécessairement les créations des autres, pour créer. Cela vaut à la fois pour les tendances, les styles, mais aussi pour les remakes de film ou encore les suites.

184. Les créations utilisables pour créer. La limitation de la durée du monopole, l'exclusion des idées, sont des limites « naturelles » du droit d'auteur⁹⁶⁶. Ces limites font partie d'un fonds commun. La liberté de création est maintenue, en propriété intellectuelle, par l'existence de celui-ci, permettant la libre d'utilisation de ce qu'il contient. Cette liberté est garantie parce que les créations du fonds commun sont inappropriables⁹⁶⁷.

185. Contenu. Ce qui n'est pas appropriable ou ne fait plus l'objet d'un monopole est appelé fonds commun, domaine public ou encore domaine commun. D'après l'article 714 du code civil, il est constitué par les choses communes n'appartenant à personne et « *dont*

⁹⁶³ Trib. civ. de la Seine, 19 décembre 1928, DH 1929, p. 76, cité par M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, L.G.D.J., 2006, note 83, p.288 : « *dans le domaine littéraire, l'auteur ne crée rien ni n'invente rien au sens strict du mot, mais se borne à puiser dans l'observation de la nature et des hommes des matériaux qu'il assemble dans un ouvrage déterminé* ». Les auteurs soulignent la rareté des œuvres qui ne sont absolument pas tirées de créations préexistantes : H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, n° 21, p. 32 ; M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, L.G.D.J., 2006, n° 260, p.288 : elle cite P.-Y. GAUTIER, « *Objet du droit d'auteur. Œuvres protégées. Œuvre multimédia* », *jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1165, 1997, n°20, p. 7 ; O. LALIGANT, *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création*, PUAM, 1999, note 357, p. 162

⁹⁶⁴ A.-Ch. RENOARD, *Traité des brevets d'invention*, Guillaumin libraire, Paris, 1844, p. 290-291

⁹⁶⁵ MALRAUX, *Psychologie de l'Art*, cité par R. SARRAUTE, « *De l'adaptation cinématographique des œuvres littéraires* », *gazette du palais*, 1962, 1^{er} semestre, doctrine p. 21

⁹⁶⁶ A. LUCAS, « *fasc. 1248 : Droit des auteurs. Droits patrimoniaux. Exceptions au droit exclusif (CPI, article L. 122-5 et L. 331-4)* », *jurisclasseur propriété littéraire et artistique*, 2010, n°11

⁹⁶⁷ Voir M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.* n° 201, p.235 : l'inappropriabilité permet l'exercice de libertés et droits fondamentaux, en particulier la liberté de création.



l'usage est commun à tous »⁹⁶⁸. Il est indispensable à l'exercice de la liberté de création⁹⁶⁹. La finalité même de l'inappropriabilité des éléments du fonds commun est notamment la liberté de création⁹⁷⁰. Il équilibre les intérêts des créateurs et ceux des tiers. Sont visés généralement l'intérêt collectif⁹⁷¹, l'intérêt général⁹⁷², ou l'intérêt du public⁹⁷³. Il est donc garanti par les limites légales au monopole des titulaires de droits. Ainsi, la propriété du créateur n'est que temporaire⁹⁷⁴ et la protection limitée à certaines créations. On y trouve notamment les idées⁹⁷⁵, dont le fait qu'elles soient de libre parcours est un principe fondamental du droit d'auteur⁹⁷⁶. Ce principe doit être maintenu, il est préservé par la jurisprudence, qui délimite ce qui est appropriable ou non. En effet, ce qui appartient au fonds commun, même utilisé, intégré dans une création, ne peut être appropriable par son auteur et peut être librement utilisé par de nouveaux créateurs. Le principe est donc la liberté (section 1). D'autre part, on ne peut pas, en principe, s'approprier le fonds commun⁹⁷⁷ (section 2). Enfin, le droit des

⁹⁶⁸ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2009, n°345 ; article 714 du code civil : « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous.

Des lois de police règlent la manière d'en jouir ».

⁹⁶⁹ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, p.35, n°44

⁹⁷⁰ M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, L.G.D.J., 2006, n° 136, p.263-264. Au-delà du but immédiat de l'inappropriabilité, qui est l'usage commun à tous pour cet auteur. Sur la finalité : voir Ch. GRZEGORCZYK, *La théorie des valeurs et le droit. Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1982, p. 266 : les normes sont créées en vue d'une finalité précise.

⁹⁷¹ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, p.48, n°62 : pour lui, le droit d'auteur n'est restreint « par des considérations d'intérêt collectif, que de façon exceptionnelle ».

⁹⁷² J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflit de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, 1990, n°361 ; Ch. NOZARADAN, « Brevet et intérêt général », in B.REMICHE (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général, actes du colloque de Louvain-la Neuve*, Larcier, Bruxelles, 2007, p. 445 et suiv., spéc. p.456 ; J.-M. BRUGUIERE, « Quand le Conseil constitutionnel (re)découvre la propriété intellectuelle. La propriété intellectuelle objectif ou limite d'intérêt général ? », *Propriétés intellectuelles*, chron. Avril 2005, n°15, p. 226 ; B. REMICHE, « propriété intellectuelle : intérêts d'entreprise et intérêt général », in *Mélanges en l'honneur de C. CHAMPAUD, Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle*, Dalloz, Paris, 1997, p. 530 ; notamment E. DREYER, « L'image des biens devant l'Assemblée plénière : ce que je vois est à moi ... », *Dalloz*, 2004, p. 1545, n°11 : l'exercice du droit de propriété ne peut être limité que pour l'intérêt général par le législateur et moyennant indemnité ; E. BACCICHETTI et Ph. BONNET, « Droit des pratiques anticoncurrentielles et droits de propriété intellectuelle », *JCP E*, n°46, 12 novembre 2009, 2057n°46, , p. 18 (2057 pour moi ?) : les droits de propriété intellectuelle ont pour finalité « la promotion de l'innovation et de la création au profit de l'intérêt général »

⁹⁷³ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^e édition, 2012, n°333 p. 335 ; M. VIVANT (sous la dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, Ellipses, 1997, p. 33. L'intérêt du public n'est pas en cause pour F. POLLAUD-DULIAN (F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.* p.36-37, n°46), qui considère que l'entrée de l'œuvre dans le domaine public est une « préférence » donnée juridiquement par le législateur à « un simple intérêt collectif ». Il réfute l'idée de droit du public, qui est une « fiction », celui-ci ne pouvant « prétendre qu'à la jouissance de certaines d'entre elles dans les limites de ce que l'auteur souhaite ».

⁹⁷⁴ Par principe, le droit moral est perpétuel en droit d'auteur, cette temporalité n'existe donc que pour le droit patrimonial : voir M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, n° 430 et suiv.

⁹⁷⁵ Voir titre 1.

⁹⁷⁶ A. LUCAS, P. SIRINELLI, « Droit d'auteur et droits voisins », *propriétés intellectuelles*, avril 2002, chronique p. 45

⁹⁷⁷ M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, L.G.D.J., 2006, n°197 à 201, p. 232 et suiv..



marques bénéficie d'un régime particulier (section 3) dans la mesure où une marque peut être renouvelée indéfiniment. La liberté des futurs créateurs de marques est néanmoins garantie.

Section 1 : Le principe : la liberté

186. Les éléments du fonds commun dans les différents droits de propriété intellectuelle. Ce qui est appelé plus généralement fonds commun ou domaine public est librement utilisable et exploitable sans qu'il soit nécessaire de demander une autorisation ou de payer une redevance⁹⁷⁸. Il est constitué des idées, des créations « tombées » dans le domaine public⁹⁷⁹. En droit d'auteur, sont considérés comme appartenant au fonds commun, des textes officiels, des informations brutes, des éléments du folklore. En droit des brevets, il s'agit des éléments exclus du domaine de la brevetabilité et non protégeables par un autre droit de propriété intellectuelle⁹⁸⁰. En droit des dessins et modèles, il s'agit, comme en droit d'auteur des idées et des genres. Les objets techniques ne sont pas non plus appropriables à ce titre⁹⁸¹, ces caractéristiques relevant du droit des brevets. Ces éléments sont donc « *tous « matériaux » ayant vocation à être utilisés dans le cadre d'un processus créatif* »⁹⁸².

187. Précisions terminologiques. L'expression « domaine public » n'a pas la même signification en droit administratif des biens⁹⁸³ et en propriété intellectuelle. Il serait issu d'une confusion entre deux termes, les *res communes* et les *res publicae*⁹⁸⁴. L'utilisation de ce terme est donc considérée comme impropre⁹⁸⁵ par certains.

⁹⁷⁸ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2009, n°345

⁹⁷⁹ J. VILBOIS, *Du domaine public payant en matière de droit d'auteur*, Sirey, 1928, cité par F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, p.35, n°44 ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, n° 434 ; Ch. CARON, *op. cit.* n°345, article 714 cciv.. A propos d'une idée, C. COLOMBET fait référence à CA Paris, 2 août 1870, Rec. Pataille 1870.272, cité par C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, 1999, 9^e éd., p.19, n°25 : une méthode de comptabilité, devant être considérée comme une idée, « *tombe dans le domaine public* ». La chute des œuvres ou inventions dans le domaine public signe le passage de la catégorie des biens à celle de choses communes : M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.* n°191, p.229. L'auteur précise que « *la chute de la marque dans le domaine commun ne la transforme pas en principe en une res communis, mais en une res nullius appropriable par le premier occupant* », exception faite des signes devenus usuels : M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.* n°192, p.230

⁹⁸⁰ Voir titre 1. M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.* n°149, p.178-179

⁹⁸¹ F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, 2010, p.529, n°992

⁹⁸² M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, note 5 p. 143

⁹⁸³ Le domaine public est en droit administratif des biens, le « *domaine constitué par les biens qui sont affectés soit à l'usage du public, soit à un service public* » : CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henry Capitant, PUF, 2007, 8^e éd. ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2012, 8^e éd., n°390, p. 393

⁹⁸⁴ M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, L.G.D.J., 2006, n° 14 et suiv., p.15 et suiv., n°147, p.175

⁹⁸⁵ M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.*, n° 147, p.174



Ces deux notions ne désignent pas les mêmes choses, pourtant, le fonds commun semble correspondre au domaine public. Ce dernier ne comprendrait pour beaucoup que « *les seules œuvres qui chutent dans le fonds commun au terme de la protection* »⁹⁸⁶ ainsi que les « *œuvres très anciennes qui n'ont jamais été protégées car le droit d'auteur n'existait pas encore* »⁹⁸⁷. Il se distinguerait du fonds commun qui comprend les idées communes, les créations ne pouvant pas accéder à la protection⁹⁸⁸. Il a également été suggéré de recourir à la notion de chose commune⁹⁸⁹.

L'un comme l'autre correspondent à ce que les créateurs peuvent réutiliser pour créer.

Le fonds commun, plus vaste, semble contenir le domaine public⁹⁹⁰.

Nous allons tout d'abord déterminer ce qui est librement réutilisable (§ 1). Ensuite, il semble que dans certains cas, il existe des restrictions à la liberté de création : tout ce qui n'est pas approprié n'est pas utilisable (§ 2).

§ 1 : Ce qui est librement réutilisable

188. Ce qui est librement réutilisable correspond aux créations qui sont « tombé dans le domaine public », dans la mesure où la protection par les droits de propriété intellectuelle est limitée dans le temps (A). La durée de protection est adaptée à la nature de l'objet de droit (B).

⁹⁸⁶ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, p. 143, note 5. S. CHOISY quant à elle définit le domaine public comme « *ce qui n'est plus protégé* », le fonds commun étant constitué par « *ce qui n'a jamais été protégé* » : S. CHOISY, *Le domaine public en droit d'auteur*, thèse, Paris II, 2001, n°335

⁹⁸⁷ S. CHOISY, *op. cit.* n°340 ; J. GINSBURG et P. SIRINELLI, « Les difficultés rencontrées lors de l'élaboration d'une œuvre multimédia. Analyse des droits français et américain », *JCP G* n°5, 31 janvier 1996, I, 3904, n°8 : le domaine public recouvre « *les éléments dont la protection par le droit d'auteur est expirée, ainsi que ceux, tels que les dessins de Léonardo, qui n'ont jamais bénéficié du droit d'auteur* ».

⁹⁸⁸ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, Dalloz, 1^{re} éd., 2013, p. 143, note 5

⁹⁸⁹ M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, L.G.D.J., 2006

⁹⁹⁰ Le domaine public et le fonds commun sont pour certains synonymes : Ch. CARON, « L'irrésistible décadence du domaine public en droit de la propriété intellectuelle », in *études offertes à Jacques DUPICHOT, liber amicorum*, Bruylant, Bruxelles 2004, p. 62 ; comme préférant l'expression fonds commun, voir : P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF droit, 8^e éd., 2012, n° 390, p. 393 : préfère l'emploi du terme « chose commune », également utilisé par S. CHOISY, *Le domaine public en droit d'auteur*, IRPI, Litec, 2002, n°136 et 598 ; M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, LGDJ, 2006 ; L. JOSSERAND, *Cour de droit civil*, t. 2, 2^e éd., n°1525 : « *res communis* ».



A) La liberté de création assurée par la limitation dans le temps du droit exclusif

189. La limite à la liberté de création : la persistance du droit moral. La distinction entre les deux termes s'explique par la limite à la réutilisation des créations qui ne sont plus protégées, en particulier en droit d'auteur. En effet, le droit moral des créateurs dont les créations sont tombées dans le domaine public persiste. Ainsi, « *le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre mais aussi le droit de divulgation interdisent de considérer que l'œuvre puisse être utilisée dans n'importe quelles conditions* »⁹⁹¹. Les créations du domaine public ne peuvent donc pas être utilisées librement, puisque le droit moral perdure⁹⁹². La persistance du droit moral est contestée par certains, qui estiment que le recours à celui-ci est susceptible d'empêcher l'utilisation de l'œuvre⁹⁹³. Limiter le droit moral permettrait d'éviter qu'un monopole soit reconstitué⁹⁹⁴.

190. Durée de protection des droits patrimoniaux. Les droits patrimoniaux sont en revanche limités dans le temps. Ces créations, en droit d'auteur, sont protégées pendant soixante-dix ans après la mort de l'auteur⁹⁹⁵, depuis la loi du 27 mars 1997⁹⁹⁶. Cette limitation est d'ordre public⁹⁹⁷. Cette durée est excessive pour plusieurs auteurs⁹⁹⁸. Elle se justifierait par l'augmentation des coûts de production⁹⁹⁹, ce qui est discutable¹⁰⁰⁰. Ils considèrent qu'elle est inadaptée, dans la mesure où elle ignore les intérêts du public¹⁰⁰¹. En effet, la chute des

⁹⁹¹ J. GINSBURG et P. SIRINELLI, « Les difficultés rencontrées lors de l'élaboration d'une œuvre multimédia. Analyse des droits français et américain », *JCP G* n°5, 31 janvier 1996, I, 3904, n°8

⁹⁹² Sur la nature juridique du droit moral post mortem : M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, LGDJ, 2006, p. 238 et suiv., n° 203-214. Il s'agirait d'un « *pouvoir qui a pour fonction de protéger [les œuvres] contre des usages abusifs* ».

⁹⁹³ Pour M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, LGDJ, 2006, p.231, n°195 : le droit moral ne maintient pas une exclusivité sur l'œuvre, l'œuvre appartient bien au domaine commun, il permettrait seulement d'éviter les utilisations abusives.

⁹⁹⁴ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2009, n°345. Voir l'arrêt du 30 janvier 2007, Les misérables.

⁹⁹⁵ Art. L. 123-1 CPI : « *L'auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire.*

Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent ».

⁹⁹⁶ La directive du 29 octobre 1993 a été transposée par la loi du 27 mars 1997. Pour les œuvres musicales, la durée a été portée à 70 ans par la loi du 3 juillet 1985.

⁹⁹⁷ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, n° 437

⁹⁹⁸ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *op. cit.*, n° 438 ; V.-L. BENABOU, « *Puise à la source du droit d'auteur* », *RIDA*, 2002/2, p. 3, p. 79

⁹⁹⁹ E. DREYER, *Le dépôt légal, essai sur une garantie nécessaire au droit du public à l'information*, L.G.D.J., 2003, n°501

¹⁰⁰⁰ E. DREYER, *op. cit.*, n°501, note 181 : « *il est illusoire de penser qu'ils (les investissements) pourront être rentabilisés dans la durée* », que ce soit pour les films qui ont raté leur sortie en salle ou pour les produits multimédias.

¹⁰⁰¹ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, n° 438



œuvres dans le domaine public ne serait bénéfique qu'aux éditeurs concurrents, qui pourront alors « *s'emparer de l'œuvre et l'exploiter à leur tour* »¹⁰⁰².

Des règles particulières ont été adoptées¹⁰⁰³, en matière d'œuvres de collaboration et d'œuvres audiovisuelles¹⁰⁰⁴, pour les œuvres pseudonymes, anonymes, collectives¹⁰⁰⁵.

191. Durée de protection en propriété industrielle. Le fonds commun existe également en propriété industrielle. Le brevet notamment est délivré pour une durée de vingt ans à compter du jour du dépôt de la demande¹⁰⁰⁶. L'invention tombe ensuite dans le domaine public et est réutilisable. Ne répondant plus à la condition de nouveauté, l'invention tombée dans le domaine public ne peut pas être à nouveau déposée¹⁰⁰⁷. Cela s'explique par le caractère incitatif du brevet, dont la durée est calculée pour « *stimuler l'émulation, le remplacement des inventions brevetées par d'autres créations* »¹⁰⁰⁸, et donc la liberté de création.

La protection est de vingt-cinq ans pour les obtentions végétales¹⁰⁰⁹. En droit des obtentions végétales, le fonds commun est composé de « *toutes les variétés végétales qui ne sont pas réputées nouvelles au sens de l'article L. 625-5 du Code de la propriété intellectuelle* »¹⁰¹⁰ ainsi que des variétés qui sont « tombées » dans le domaine public au terme du certificat

¹⁰⁰² E. DREYER, *Le dépôt légal, essai sur une garantie nécessaire au droit du public à l'information*, L.G.D.J., 2003, n° 501

¹⁰⁰³ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, n° 441

¹⁰⁰⁴ Article L. 123-2 CPI : « Pour les œuvres de collaboration, l'année civile prise en considération est celle de la mort du dernier vivant des collaborateurs.

Pour les œuvres audiovisuelles, l'année civile prise en considération est celle de la mort du dernier vivant des collaborateurs suivants: l'auteur du scénario, l'auteur du texte parlé, l'auteur des compositions musicales avec ou sans paroles spécialement réalisées pour l'œuvre, le réalisateur principal ».

¹⁰⁰⁵ Article L. 123-3 CPI, les œuvres posthumes : article L. 123-4 CPI.

¹⁰⁰⁶ Article L. 611-2 CPI : « Les titres de propriété industrielle protégeant les inventions sont:

1^o Les brevets d'invention, délivrés pour une durée de vingt ans à compter du jour du dépôt de la demande;
2^o Les certificats d'utilité, délivrés pour une durée de six ans à compter du jour du dépôt de la demande;
3^o Les certificats complémentaires de protection rattachés à un brevet dans les conditions prévues à l'article L. 611-3, prenant effet au terme légal du brevet auquel ils se rattachent pour une durée ne pouvant excéder sept ans à compter de ce terme et dix-sept ans à compter de la délivrance de l'autorisation de mise sur le marché mentionnée à ce même article.

Les dispositions du présent livre concernant les brevets sont applicables aux certificats d'utilité à l'exception de celles prévues aux articles L. 612-14, L. 612-15 et au premier alinéa de l'article L. 612-17. Elles le sont également aux certificats complémentaires de protection à l'exception de celles prévues aux articles L. 611-12, L. 612-1 à L. 612-10, L. 612-12 à L. 612-15, L. 612-17, L. 612-20, L. 613-1 et L. 613-25 ».

¹⁰⁰⁷ M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, LGDJ, 2006, p.258, n°225

¹⁰⁰⁸ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, précis, 7^e éd., 2012, n°187

¹⁰⁰⁹ Art. L. 623-13 (L. n° 2006-236 du 1^{er} mars 2006) « La durée de la protection est de vingt-cinq ans à partir de sa délivrance. Pour les arbres forestiers, fruitiers ou d'ornement, pour la vigne ainsi que pour les graminées et légumineuses fourragères pérennes, les pommes de terre et les lignées endogames utilisées pour la production de variétés hybrides, la durée de la protection est fixée à trente ans ».

¹⁰¹⁰ S. L. ANVAR, « Pourquoi a-t-on peur du domaine public des variétés végétales ? - (Réflexions autour des lois françaises n° 2006-236 du 1^{er} mars 2006 et n° 2006-245 du 2 mars 2006) », *Propriété industrielle*, n° 3, mars 2008, étude 5, n°11



d'obtention végétal et de « *toutes les variétés d'obteneurs qui ont été déchu de leur certificat d'obtention végétal* »¹⁰¹¹.

Dans certains cas, l'étendue du domaine de liberté est adaptée à la nature de l'objet du droit de propriété intellectuelle : elle peut être étendue ou inexistante, en raison de la finalité de l'octroi des droits (B).

B) L'adaptation de l'étendue du domaine de liberté à la nature de l'objet du droit de propriété intellectuelle

192. Les bases de données. Dans certains cas, l'équilibre n'est pas le même. En ce qui concerne les bases de données, la durée de protection est moins importante puisqu'elle est de quinze ans¹⁰¹². Cependant, en cas d'« *investissement substantiel* », la protection peut être renouvelée, conduisant à une protection perpétuelle¹⁰¹³. Le domaine public est ici particulièrement restreint. Ce qui est protégé, c'est la base de données, lorsque l'investissement est important, et non les informations qu'elle contient, l'essence de la base étant constituée d'informations¹⁰¹⁴. Sans revenir sur la nécessité de protéger les bases de données par un droit exclusif¹⁰¹⁵, on remarque que la logique suivie semble être celle de la concurrence¹⁰¹⁶, puisqu'il s'agit pour son titulaire, de ne pas être copié à coût moindre ou nul par un concurrent. Le parasitisme est ici transcrit et protégé par un droit privatif. Cela n'explique pas en quoi il est légitime d'accorder une telle protection, perpétuelle, aux bases de données de l'article L. 341-1 CPI¹⁰¹⁷. Cela explique en revanche que la liberté de création ne soit pas protégée de la même manière que pour les autres droits de propriété intellectuelle.

¹⁰¹¹ *Ibid.*

¹⁰¹² Article L. 342-5 CPI : « *Les droits prévus à l'article L. 342-1 prennent effet à compter de l'achèvement de la fabrication de la base de données. Ils expirent quinze ans après le 1^{er} janvier de l'année civile qui suit celle de cet achèvement.*

Lorsqu'une base de données a fait l'objet d'une mise à la disposition du public avant l'expiration de la période prévue à l'alinéa précédent, les droits expirent quinze ans après le 1^{er} janvier de l'année civile suivant celle de cette première mise à disposition.

Toutefois, dans le cas où une base de données protégée fait l'objet d'un nouvel investissement substantiel, sa protection expire quinze ans après le 1^{er} janvier de l'année civile suivant celle de ce nouvel investissement ».

¹⁰¹³ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., 2009, n°619

¹⁰¹⁴ Voir H. ULLRICH, « Propriété intellectuelle, concurrence et régulation – Limites de protection et limites de contrôle », *RIDE*, 2009/4, t. XXIII, 4, p. 339 et suiv., p. 408

¹⁰¹⁵ Suivant en cela les tribunaux : M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, n° 205, pour des exemples, voir note 5, p.198

¹⁰¹⁶ Elle doit être différenciée de la logique de la propriété intellectuelle : H. ULLRICH, *op. cit.* p. 407-408

¹⁰¹⁷ Article L. 341-1 CPI : « *Le producteur d'une base de données, entendu comme la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants, bénéficie d'une protection du contenu de la base lorsque la constitution, la vérification ou la présentation de celui-ci atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel.*

Cette protection est indépendante et s'exerce sans préjudice de celles résultant du droit d'auteur ou d'un autre droit sur la base de données ou un de ses éléments constitutifs ».



193. Les œuvres scientifiques. La liberté demeure la règle dans certains domaines. Les œuvres scientifiques ont pour particularité d'être des « créations dont la finalité première, sinon ultime, consiste à transmettre des connaissances au public »¹⁰¹⁸. Elles ne font pas l'objet de règles spécifiques au sein du droit d'auteur¹⁰¹⁹. Leur fonds, c'est-à-dire les idées, les théories, les hypothèses ou les découvertes scientifiques qui les composent, n'est pas protégeable. Cela est justifié par l'idée qu'une appropriation de celles-ci aurait mis en péril la production des œuvres scientifiques¹⁰²⁰.

Le principe selon lequel les créateurs peuvent librement puiser dans le domaine public peut être amoindri par les restrictions que peuvent y apporter différents mécanismes de droits de propriété intellectuelle ou de droit commun.

§ 2 : Les restrictions à la liberté du créateur de puiser dans le domaine public

194. L'augmentation des atteintes à la liberté de création. Assiste-t-on à la reconstitution de monopoles de ce qui devrait normalement appartenir au domaine public ? Pour Ch. LE STANC, ce domaine public tend à s'amoindrir¹⁰²¹. On peut cependant remarquer que la restriction du domaine public, notamment par le recours au mécanisme de la concurrence déloyale, n'est pas nouvelle¹⁰²². Il semble que la jurisprudence admettant cette solution a pris de l'ampleur¹⁰²³.

Cette remise en cause de l'équilibre a résulté de la construction jurisprudentielle relative à l'image des biens, des mesures techniques de protection¹⁰²⁴, d'une admission trop large de la concurrence déloyale¹⁰²⁵.

¹⁰¹⁸ X. STRUBEL, *La protection des œuvres scientifiques en droit d'auteur français*, CNRS éd., Paris, 1997, p. 26.

¹⁰¹⁹ *Ibid.*

¹⁰²⁰ X. STRUBEL, *op. cit.*, p. 48.

¹⁰²¹ Ch. LE STANC, « Et la propriété scientifique ? », *propriété industrielle*, n° 6, juin 2008, repère 6.

¹⁰²² A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., 2012, n° 21, p. 22, note 166 : ils citent notamment CA Paris, 29 juillet 1857, Ivanhoë, *Ann. Propr. Ind.*, 1857, p. 286 ; CA Paris, 18 décembre 1924, Didot-Bottin *DH* 1925, p. 30 : Les larges emprunts effectués ont été considérés comme licites à la condition que « l'œuvre composée à grands frais », ne soit pas « copiée et démarquée par un concurrent pour être à son profit la source d'un bénéfice commercial ».

¹⁰²³ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *op. cit.* n° 21, p. 22 : ce courant jurisprudentiel s'est « fortifié ».

¹⁰²⁴ Limite jugée marginale : A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *op. cit.* n° 961, p. 773. Sur ces mesures techniques : M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, LGDJ, 2006, p.257, n°223. Voir également M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE qui suggèrent de recourir à l'article 714 du code civil (« Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir ») afin de maintenir le fonds commun : M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits*

195. Le recours à la concurrence déloyale et au parasitisme¹⁰²⁶. Le principe selon lequel ce qui est dans le domaine public est librement utilisable est aujourd'hui moins tranché. C'est en particulier le recours à la concurrence déloyale et au parasitisme qui permet, sous certaines conditions, de limiter l'utilisation par les tiers de création qui ne sont plus protégées par un droit de propriété intellectuelle¹⁰²⁷. On lui reproche d'ailleurs généralement d'instaurer un quasi-monopole alors qu'il s'agissait d'un espace de liberté¹⁰²⁸. Cela s'expliquerait par le fait que le domaine public est une exception au droit commun de la propriété perpétuelle. La protection n'est cependant pas la même, puisque l'exclusivité conférée par un droit de propriété intellectuelle ne peut être reproduit. Il s'agit, normalement, de préserver le jeu de la libre concurrence¹⁰²⁹. Le parasitisme induit néanmoins une certaine exclusivité¹⁰³⁰, puisqu'il ne s'agit plus de condamner un risque de confusion dans l'esprit du public, mais la reprise elle-même, à partir du moment où celle-ci « *permet de profiter des investissements réalisés par un tiers* », en dehors de toute situation de concurrence¹⁰³¹. Elle a été d'ailleurs contestée

voisins, Dalloz, 2^e éd., 2012, n°948 ; M. VIVANT, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *RIDE*, 2006/4, t. XX, 4, p. 361 : « *Le risque d'une privatisation du domaine public n'est donc pas à écarter* ».

¹⁰²⁵ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, n° 436 ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., 2009, n°346. Voir CA Paris, 14 juin 2006, com. Ch. CARON, « Les nouvelles frontières du parasitisme », *com. com. électr.* décembre 2006, com. 153, p. 31, PASSA, chron. n°6, *propriétés intellectuelles* 2007, n°22, p. 124

¹⁰²⁶ Voir *infra*, n° 248

¹⁰²⁷ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2012, 8^e éd., n° 391, p. 394

¹⁰²⁸ L. MARINO, « Titre des œuvres. (CPI, art. L. 112-4) », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1158, 2010, n° 60

¹⁰²⁹ Voir notamment à ce propos l'affaire Cartier, où l'image de marque s'oppose à l'utilisation d'une création tombée dans le domaine public : CA Paris, 4^e ch. A, 14 juin 2006, SA Cartier c/ SA Raymond Weil : *Juris-Data* n° 2006-304157, com. Ch. CARON, « Les nouvelles frontières du parasitisme », *comm. comm. électr.*, n°12, décembre 2006, comm. 153. Voir également : CA Paris 18 octobre 2000, com. J. PASSA, « Première réfutation de la notion de parasitisme économique », *Dalloz*, 2001, p. 850 ; *PIBD* 2001, n°721, III, 297 : la cour a estimé que « *le simple fait de copier la prestation d'autrui ne constitue pas comme tel un acte de concurrence fautif, le principe étant qu'une prestation qui ne fait pas ou ne fait plus l'objet de droits de propriété intellectuelle peut être librement reproduite ; qu'une telle reprise procure nécessairement à celui qui la pratique des économies qui ne sauraient, à elles seules, être tenues pour fautives, sauf à vider de toute substance le principe ci-dessus rappelé (lui-même étroitement lié à la règle fondamentale de la liberté de la concurrence)* ». En l'espèce les modèles reproduits étaient tombés dans le domaine public, et la deuxième société avait « *aussi adopté pour leurs briques Méga blocs une troisième taille « Maxi » différente de celles exploitées par Lego, choisi de réaliser leurs produits tant dans des couleurs primaires que dans des couleurs pastels, mis au point des conditionnements innovants, imaginé de proposer des séries comme « Dinoblocs » associant des briques à des éléments en plastique permettant de reconstituer des animaux préhistoriques ; qu'elles justifient en outre, d'une part, disposer d'un atelier de conception et d'études, d'autre part, promouvoir leurs produits en éditant des catalogues et en faisant de la publicité rédactionnelle ; qu'il résulte de l'ensemble de ces constatations que Lego SA ne peut manifestement pas être suivie en ce qu'elle reproche aux Stés Ritvik d'avoir profité indûment de ses investissements et efforts publicitaires* ».

¹⁰³⁰ Voir notamment J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et Th. REVET, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges Colomer*, Litec, 1993, p. 281, spéc. n°37 ; M. VIVANT, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *RIDE*, 2006/4, t. XX, 4, p. 361, spéc. 13.1, p. 377

¹⁰³¹ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., 2012, n° 21, p. 24 ; J. HUILIER, « Le parasitisme parasite-il la propriété intellectuelle ? », *Gazette du palais*, 8 novembre 2001, n°312, p. 6.



car elle remettrait en cause le principe de liberté¹⁰³², alors que divers mécanismes inclus dans les droits de propriété intellectuelle ou dans le droit de la consommation permettent de se protéger contre l'usage abusif des créations¹⁰³³. De plus, la cour de cassation semble réticente à admettre le parasitisme et a affirmé que « *le simple fait de copier un produit concurrent qui n'est pas protégé par des droits de propriété intellectuelle ne constitue pas en soi un acte de concurrence déloyale et que la recherche d'une économie au détriment d'un concurrent n'est pas en tant que telle fautive mais procède de la liberté du commerce et de la libre concurrence, sous réserve de respecter les usages loyaux du commerce* »¹⁰³⁴. Les espaces de liberté ne seraient donc pas destinés à être appropriables, la libre concurrence tout comme la liberté du commerce, en l'espèce devant être compris comme la liberté dont est issue la liberté de création, ne permettant pas de contourner le caractère exceptionnel de l'exclusivité.

196. Le dépôt d'une œuvre de l'esprit à titre de marque. La possibilité de protéger une œuvre qui devrait tomber dans le domaine public est également possible en la déposant à titre de marque¹⁰³⁵. Cette pratique existe notamment pour les personnages. Cependant l'objet du droit des marques est différent de celui du droit d'auteur¹⁰³⁶. Il ne s'agira pas d'un cumul de protection au sens strict, mais d'un cumul de plusieurs régimes de protection différents¹⁰³⁷. Il en a été déduit par M.-A. CHARDEAUX, que déposer une œuvre tombée dans le domaine public à titre de marque « *ne remet pas en cause son caractère inappropriable* », et « *ne compromet [pas] la faculté d'utilisation de l'œuvre par tous* »¹⁰³⁸. Seul l'usage au titre de marque pour un produit ou service de la même spécialité étant soustrait à l'usage commun¹⁰³⁹. Lorsque le but du dépôt est manifestement d'« *empêcher quiconque d'adapter l'œuvre [tombée dans le domaine public] dans tous les domaines de*

¹⁰³² J. PASSA, « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », *Dalloz*, 2000, p.297 ; J.

HUILLIER, « Le parasitisme parasite-il la propriété intellectuelle ? », *Gazette du palais*, 8 novembre 2001, n°312, p. 6

¹⁰³³ J. HUILLIER, « Le parasitisme parasite-il la propriété intellectuelle ? », *Gazette du palais*, 8 novembre 2001, n°312, p. 6 : l'auteur cite notamment l'article L. 713-5 CPI sanctionnant le préjudice résultant de l'usage d'une marque renommée pour des produits ou services non similaires, l'article L. 713-2 CPI qui interdit « *la reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, même avec l'adjonction de mots tels que : "formule, façon, système, imitation, genre, méthode", ainsi que l'usage d'une marque reproduite, pour des produits ou services identiques à ceux désignés dans l'enregistrement* ».

¹⁰³⁴ Cass. com. 9 mars 2010, JurisData n° 2010-001565 ; *Propriétés intellectuelles* 2010, p. 777, obs. J. PASSA

¹⁰³⁵ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2012, 8^e éd., n° 409, p. 416

¹⁰³⁶ *Ibid.*

¹⁰³⁷ S. THIERRY, « Marques. Créations de forme protégées », *Juris-cl. Marques, Dessins et modèles*, Fasc. 7140, 2008, n°7

¹⁰³⁸ M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, L.G.D.J., 2006, n° 84, p.97

¹⁰³⁹ M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.* n° 84, p.97. Voir également : S. CHOISY, « La réappropriation du domaine public par le droit de propriété intellectuelle », *com. com. électr.*, avril 2002, chron. 11, p. 12 et suiv., spéc. p. 14 : « *la fonction de la marque est de distinguer un produit parmi des produits identiques ou similaires, et non de créer un monopole sur la création* ».



l'édition, de la culture et de l'art, y compris de manière audiovisuelle ou en ligne, et à accorder à la société demanderesse un monopole d'exploitation d'une œuvre qui aurait pourtant dû être accessible à tous puisque tombée dans le domaine public », la marque encourt la nullité¹⁰⁴⁰. Il s'agirait d'une limite injustifiée à la liberté de création.

197. Le cas particulier des titres. Le cumul de protection est prévu pour les titres d'œuvres de l'esprit qui bénéficient d'un régime spécifique. En effet, ils peuvent bénéficier d'une triple protection, au titre du droit d'auteur d'abord, également aux titres de la concurrence déloyale¹⁰⁴¹ et des marques. L'article L. 112-4 al. 2 CPI prévoit le recours à la concurrence déloyale pour les titres tombés dans le domaine public et pour ceux qui ne sont pas protégeables par le droit d'auteur¹⁰⁴². Pour bénéficier de la protection par le droit d'auteur, le titre doit être original¹⁰⁴³. Or cette condition peut être difficile à remplir, le titre étant souvent banal. La protection par la concurrence déloyale permet alors de protéger l'auteur d'un titre contre « *les doubles emplois de celui-ci, de nature à induire le public en erreur* »¹⁰⁴⁴. Il doit en effet exister un risque de confusion entre les œuvres en raison de l'identité de leur titre¹⁰⁴⁵. Cela est le cas même lorsque les deux œuvres n'appartiennent pas au même genre¹⁰⁴⁶.

Un titre peut également être déposé comme marque¹⁰⁴⁷. Il semble cependant que le recours à la protection par le droit d'auteur soit trop large, puisque la protection du titre a pour objet l'identification de l'œuvre ou encore l'absence de confusion et ne nécessite pas une telle exclusivité. Afin de permettre cette protection, l'originalité et les critères du droit des marques

¹⁰⁴⁰ TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 1er juillet 2011, Soc. Publications Georges Ventillard c/ Soc. Guy Delcourt Productions et Syndicat national de l'édition (SNE), com. Ph. MOURON, « Les nouvelles tribulations juridiques des *Pieds nickelés* », *RLDI*, octobre 2011, n°75, act. n°2475, p. 14 et suiv., décision p. 20

¹⁰⁴¹ Article L. 112-4 CPI : « *Le titre d'une œuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'œuvre elle-même.*

Nul ne peut, même si l'œuvre n'est plus protégée dans les termes des articles L. 123-1 à L. 123-3, utiliser ce titre pour individualiser une œuvre du même genre, dans des conditions susceptibles de provoquer une confusion ».

¹⁰⁴² L. MARINO, « Titre des œuvres. (CPI, art. L. 112-4) », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1158, 2010, n° 60

¹⁰⁴³ J. PASSA, « Titres et slogans : entre marque et droit d'auteur », *propriétés intellectuelles*, janvier 2005, n°14, chron. p. 31, n°5 : les juges accordent cependant régulièrement la protection des titres par le droit d'auteur, notamment en raison d'une « *association insolite* » de mots : CA Paris, 4^e ch. B, 27 septembre 1996, *gazette du palais*, 1998, 1, som. p.91 (association du mot Paris avec l'expression « SUR crime »).

¹⁰⁴⁴ Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 1984, A. FRANCON, « Propriété littéraire et artistique », *RTD com.* 1985, chron. n°3 p.306 et suiv.

¹⁰⁴⁵ E. PIERRAT, *Le droit d'auteur et l'édition*, éd. du cercle de la librairie, 2005, p. 96

¹⁰⁴⁶ Par exemple : CA Paris, 14 avril 1960, H. DESBOIS, *Dalloz*, 1960, p. 535 ; H. DESBOIS, *RTD com.*, 1960, p. 588. Contre cette solution, car il s'agissait d'une entrave à la liberté de création : G. LYON-CAEN, « Une querelle juridique à propos des *Liaisons dangereuses* » in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier : droit privé, propriété industrielle, littéraire et artistique*, Dalloz et sirey, 1961, tome 2, p. 345 et suiv.

¹⁰⁴⁷ L. MARINO, « Titre des œuvres. (CPI, art. L. 112-4) », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1158, 2010, n° 97



ont été confondus. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a estimé que « *cette locution [le chardon pour un journal à caractère politique] qui fait d'ordinaire référence à une plante à feuilles et bractées épineuses, n'est, appliquée à un journal ni descriptive ni générique et présente au contraire un caractère certain d'originalité* »¹⁰⁴⁸. De même, l'originalité a également été reconnue parce que l'usage du prénom Angélique « *pour identifier son œuvre romanesque n'a pas constitué l'emprunt d'un simple matériel linguistique préalablement utilisé par d'autres pour identifier des œuvres de l'esprit* »¹⁰⁴⁹. J. PASSA considère que si les juges reconnaissent facilement l'originalité d'un titre, c'est parce qu'ils l'envisagent dans sa relation avec l'œuvre¹⁰⁵⁰. Il y est défavorable, dans la mesure où d'autres moyens de protection permettent de limiter la réutilisation d'un titre.

La concurrence déloyale semble donc plus appropriée que le droit d'auteur¹⁰⁵¹ et il semble que cette limite à la liberté de création soit nécessaire afin de protéger les intérêts du public. Certains auteurs sont également favorables à l'appropriation d'une œuvre qui a été protégée par le droit d'auteur et qui est tombée dans le domaine public¹⁰⁵², sous réserve du droit moral de l'auteur¹⁰⁵³.

¹⁰⁴⁸ CA Paris, 1^{re} ch. A, 29 mai 1989, com. C. COLOMBET, « Protection du titre d'une œuvre de l'esprit, comme l'œuvre elle-même, dès lors qu'il présente un caractère original », *Dalloz*, 1990, som. p. 50

¹⁰⁴⁹ CA Versailles, ch. 12, section 2, 11 janvier 2001, com. Ch. CARON, « Les pérégrinations d'Angélique Marquise des anges, dans l'étrange univers de la protection des titres », *comm. comm. électr.*, octobre 2001, n°10, com. 97

¹⁰⁵⁰ J. PASSA, « Titres et slogans : entre marque et droit d'auteur », *propriétés intellectuelles*, janvier 2005, n°14, chron. p. 31, n°10 : l'auteur y voit une influence du droit des marques.

¹⁰⁵¹ Dans ce sens : C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, 9^e éd., 1999, n°68, p. 53 pour lequel ce régime concorde mieux avec les intérêts de l'auteur du titre ; J. PASSA, « Titres et slogans : entre marque et droit d'auteur », *propriétés intellectuelles*, 2005, n°14, p. 31, spéc. n°12 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2013, 2^e éd., n° 155 (pour lesquels le droit des signes distinctifs et le droit de la concurrence déloyale sont plus adaptés) ; L. MARINO, « Titre des œuvres. (CPI, art. L. 112-4) », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1158, 2010, n°60 ; P. MOUZON, note sous TGI Paris, 3^e ch., 31 octobre 1972, Gazette du Palais journal du 20 mars 1973, 1, p. 201 (à propos du titre « Les grandes heures de l'histoire », marque nulle car non distinctive, abus de la liberté commerciale et concurrence déloyale en revanche reconnue) ; Voir par exemple à propos du titre « Angélique » également déposé comme marque : CA Versailles 12^e ch., section 2, 11 janv. 2001 : *Juris-Data* n° 2001-143817 (cassettes vidéo contrefaisant le titre d'un roman, qui dénaturent son héroïne romantique en la transformant en une esclave sexuelle). Cela est également vrai lorsque l'on considère que limiter l'utilisation du titre se justifie par la protection de la concurrence, plus que par la nécessité de protéger une création. Pour la distinction entre les objectifs des droits de propriété intellectuelle et de droit de la concurrence : H. ULLRICH, « Propriété intellectuelle, concurrence et régulation – limites de protection et limites de contrôle », *RIDE*, 2009/4, t. XXIII, p. 339 et suiv.

¹⁰⁵² M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, L.G.D.J., 2006, n° 82, p. 95 ; S. THIERRY, « Marques. Créations de forme protégées », *Juris-cl. Marques, Dessins et modèles*, Fasc. 7140, 2008, n°18 ; S. CHOISY, *Le domaine public en droit d'auteur*, Litec, IRPI, 2002, n°485 ; S. CHOISY, « La réappropriation du domaine public par le droit de la propriété intellectuelle », *com. com. électr.*, avril 2002, p. 12 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999, n°1186, p.553

¹⁰⁵³ S. THIERRY, *op. cit.* n°18 : « l'utilisation d'une œuvre de l'esprit à titre de marque, c'est-à-dire à des fins commerciales, peut entraîner un avilissement du prestige attaché à une création » : TGI Quimper, 5 mars 1968, *RIPIA* 1968, p. 139 : l'œuvre est « ravalée au rang d'appât publicitaire » ; F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, 2010, n°1402, p. 802



Les éléments du fonds commun, s'ils sont librement réutilisables, ne sont pas appropriables (section 2). Ainsi, un créateur peut intégrer au sein de sa création un tel élément, mais ne peut empêcher d'autres créateurs de l'utiliser également.

Section 2 : La non appropriation du fonds commun intégré dans une création

198. La protection de la création n'inclut pas l'appropriation de l'élément du fonds commun. Lorsqu'une création contient un élément du fonds commun, celui-ci est librement utilisable par d'autres créateurs. Cela est fondamental pour la préservation de la liberté de création. La protection n'est accordée que sur les éléments caractéristiques ajoutés à l'œuvre préexistante¹⁰⁵⁴. La distinction entre ce qu'a apporté le créateur et ce qui a été emprunté au fonds commun n'est souvent pas évidente. Les contestations sont fréquentes, il appartient alors aux juges de déterminer ce qui est appropriable ou non. Cette question se pose plus particulièrement en droit d'auteur ou en droit des dessins et modèles.

Afin de préserver le domaine public et la liberté de création, les idées ainsi que les genres ne sont pas protégeables¹⁰⁵⁵. De même, il est possible d'intégrer une œuvre qui n'est plus protégée dans une nouvelle œuvre. Les œuvres intégrées à d'autres sont des œuvres composites ou dérivées¹⁰⁵⁶.

Cette limite à l'appropriation existe en droit d'auteur (§ 1) et en droit des dessins et modèles (§ 2).

¹⁰⁵⁴ M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.* n° 199, p. 234 ;

¹⁰⁵⁵ J.-Ch. GALLOUX, « Droit des dessins et modèles (avril 2005/juin 2006) », *Dalloz*, 2006, p. 2604. Voir cependant, TGI Paris, 3^e ch., section 1, 3 juin 1998 : un spot publicitaire mettant en scène deux toiles de maîtres dont les personnages s'animent, dont une de genre cubiste ne peut pas être poursuivi pour contrefaçon, en revanche, le but était manifestement de faire penser à Picasso. Les juges ont estimé que l'atteinte à la mémoire de l'artiste était constitutive d'une faute sur le fondement de l'article 1382 du code civil.

¹⁰⁵⁶ Article L. 113-2 al. 2 CPI : « Est dite composite l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière ».



§ 1 : La non appropriation d'éléments du fonds commun par les auteurs d'œuvres de l'esprit.

199. Les éléments du folklore. Les éléments du folklore font partie du fonds commun, librement utilisable. Cela a été réaffirmé par la jurisprudence dans un arrêt du 14 janvier 1992¹⁰⁵⁷. En l'espèce, un auteur s'était inspiré de deux autres livres pour écrire son roman, dont l'histoire se déroulait en Louisiane. Il leur a emprunté des « *termes et expressions du langage cadjin* », sans faire référence au premier auteur. Ce dernier a demandé la « *rétrocession à son profit de 50% des droits d'auteur relatifs au roman litigieux et l'adjonction sur sa couverture de la mention* » à partir des recherches originales de Patrick Griolet »¹⁰⁵⁸. Les juges l'ont débouté, estimant qu'il s'agissait d'une œuvre personnelle, et qu'un auteur n'a « *aucun droit privatif sur les matériaux linguistiques et culturels présentés dans ses ouvrages* », celui-ci ne peut donc reprocher leur utilisation par l'auteur d'un roman « *pour rendre vraisemblables le lieu et le temps dans lesquels évoluent ses personnages* », ce n'est pas une création personnelle. Le chercheur n'est pas personnellement auteur des mots utilisés, ils sont « *les éléments du domaine public* », de plus l'auteur du roman « *n'est pas tenu de faire connaître les éléments dont s'est nourrie son imagination* ». Le second auteur n'a donc pas contrefait les livres du chercheur.

200. Les faits historiques. Les faits historiques sont également non appropriables. Par exemple, un scénario sur les débuts d'un chef d'orchestre n'est pas une contrefaçon d'un synopsis ayant comme sujet le même fait historique. Pour les juges, il s'agissait d'un fait biographique connu et les œuvres étaient divergentes « *quant à la suite du scénario* »¹⁰⁵⁹. En revanche, si ces exemples biographiques sont repris exactement, l'œuvre seconde reprenant également certains intitulés, ainsi que l'agencement de ces documents, il s'agit d'une contrefaçon¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁷ CA Paris, 1^{re} ch. A, comm. B. BERHAULT, *Gazette du Palais*, 26 septembre 1992, 2^e semestre, p. 570 et suiv.

¹⁰⁵⁸ CA Paris, 1^{re} ch. A, comm. B. BERHAULT, *op. cit.*, p. 574

¹⁰⁵⁹ C. COLOMBET, comm. de TGI Paris, 1^{re} ch., 7 mars 1990, « L'idée de relater un fait historique, connu de tous dans un synopsis de film n'est pas protégeable », *Dalloz*, 1991, p. 87

¹⁰⁶⁰ CA Paris, 4^e ch., section A, 19 février 2003, « Contrefaçon d'une biographie par la reprise de nombreux passages « maquillés » par des procédés de style, ainsi que de certains des intitulés de l'œuvre première et de sa conception générale », « Contrefaçon d'une biographie par la reprise exacte des citations historique, de la documentation et de l'agencement de ces documents tels que dans l'œuvre première », *Légipresse*, juin 2003, n°202, I, p. 79 et 80



De même, les ressemblances entre un livre et un scénario sur un même peintre peuvent avoir « *pour source, soit des éléments biographiques extraits de la réalité, soit des idées de libre parcours, soit encore des expressions de forme ne présentant pas d'originalité* »¹⁰⁶¹. L'appréciation au cas par cas permet alors de préserver une liberté la plus large possible des auteurs s'appuyant sur des faits historiques.

201. Les œuvres scientifiques. Les œuvres scientifiques sont un peu à part¹⁰⁶². La liberté de création à partir de ces œuvres est accrue en raison de l'objet même de ces créations. De plus, elles présentent un faible degré d'originalité. De même que pour toutes les œuvres, l'œuvre scientifique, pour être protégée, doit être marquée de l'empreinte de la personnalité de son auteur. Cela a par exemple été affirmé par les juges de la cour d'appel de Paris, le 26 septembre 2008. Ils ont relevé que si les sous rubriques « *sont imposées par la démarche scientifique* » et « *l'expression, reposant sur des termes professionnels (...) commandée par le propos descriptif et analytique du sujet* », l'œuvre ne pourra pas être considérée comme originale¹⁰⁶³. Les juges ont ici considéré qu'il s'agissait d'une méthode, non protégeable. On constate que l'œuvre ayant une finalité scientifique voit son originalité restreinte¹⁰⁶⁴. Il est donc possible pour un auteur d'utiliser un lexique pour composer la trame de son roman, car elle relève de la documentation¹⁰⁶⁵. En revanche, les hypothèses formulées par le premier auteur, ne peuvent être reprises¹⁰⁶⁶.

De même que pour les auteurs d'œuvres de l'esprit, les créateurs de dessins ou modèles ne peuvent pas non plus s'approprier des éléments du fonds commun qu'ils auraient intégrés à leur création (§ 2).

¹⁰⁶¹ TGI Paris, 3^e ch., section 2, 26 novembre 2010, éd. Albin Michel et a. c/ Sté TS Productions et a., comm. Ch.-E. RENAULT, « Cinéma du réel : la contrefaçon, ses risques et ses limites », *Légipresse* n° 280, février 2011, III, p. 109 et suiv.

¹⁰⁶² Voir également *infra* dans l'appréciation de la contrefaçon de ce type d'œuvre, n° 228

¹⁰⁶³ CA Paris, 4^e ch. B, 26 septembre 2008, JurisData n°2008-37570, comm. M.-E. LAPORTE-LEGEAIS, « Propriété littéraire et artistique », *JCP E*, n°40, 1^{er} octobre 2009, 1918, n°1 ; A. LUCAS, *propriétés intellectuelles* 2009, n°30, p. 50 ; F. POLLAUD-DULIAN, « Œuvre. Originalité. Genre. Arts appliqués. Œuvre scientifique. Méthode », *RTD com* 2009, p. 125. Même solution pour des fascicules destinés à la formation d'agents de médiation : CA Versailles, 12^e ch., 30 juillet 2003, A. LUCAS, note *propriétés intellectuelles*, octobre 2003, p.376

¹⁰⁶⁴ M.-E. LAPORTE-LEGEAIS, note à propos de CA Paris, 4^e ch., B, 26 septembre 2008, JurisData n°2008-37570, « Propriété littéraire et artistique », *JCP E*, n°40, 1^{er} octobre 2009, 1918, n°1 ; A. LUCAS, obs. sur CA Paris 4^e ch. B, 26 septembre 2008, Lambert-Prou c/ Eyoun-Defives *Inédit*, *propriétés intellectuelles* 2009, n°30, p. 50 ; F. POLLAUD-DULIAN, *RTD com* 2009, p. 125

¹⁰⁶⁵ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2012, 8^e éd., p. 767, note 2 : CA Paris, 1^{re} ch., 14 janvier 1992, *RIDA* avril 1992, p. 198 ; *Gazette du palais* 1992, 2^e semestre, p. 570

¹⁰⁶⁶ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2012, 8^e éd., p. 767, note 2 : CA Paris, 6 décembre 1993, *RIDA* n° 161, juillet 1994, p. 382



§ 2 : La non appropriation d'éléments du fonds commun par les créateurs de dessins ou modèles

202. La protection conditionnée à l'apport personnel du créateur. Les créateurs de dessins ou modèles sont libres de reprendre des éléments du domaine public. En droit des dessins et modèles, F. et P.-B. GREFFE affirment que la copie du domaine public est protégeable¹⁰⁶⁷. La jurisprudence a précisé dans quelle mesure des créations contenant des éléments du domaine public étaient protégeables.

En effet, s'il est possible de reprendre un élément du domaine public ou de la nature, il doit néanmoins y avoir un « *effort de création* », ou une originalité¹⁰⁶⁸ pour que celui-ci soit protégeable. Et il y a création lorsque le créateur apporte sa marque personnelle à ce sujet ou œuvre du domaine public¹⁰⁶⁹.

Par exemple, la reprise à l'identique d'emblèmes traditionnels maçonniques ne permet pas la protection¹⁰⁷⁰. De même, un motif appartenant au domaine public n'est pas considéré comme une création lorsqu'il est transposé « *purement et simplement sur une nappe* »¹⁰⁷¹. Il n'est donc pas possible de s'approprier un modèle appartenant au domaine public, dans la mesure où il ne s'agit pas d'une création nouvelle¹⁰⁷².

Le modèle ne sera protégé qu'« *à raison des éléments nouveaux qui lui sont apportés* »¹⁰⁷³.

203. Ce qui est protégeable. L'appropriation est limitée. Tout d'abord, lorsque les ressemblances ne reposent que sur « *la reproduction et la combinaison de formes qui appartiennent au domaine public* »¹⁰⁷⁴, il n'y a pas contrefaçon. Les juges ont statué en ce sens dans un arrêt du 22 mars 2005. En l'espèce, une première société a poursuivi une

¹⁰⁶⁷ F. et P.-B. GREFFE, *Traité des dessins et modèles*, Litec, 8^e éd., 2008, n° 315 et suiv.

¹⁰⁶⁸ J.-Ch. GALLOUX, « Droit des dessins et modèles (avril 2005/juin 2006) », *Dalloz*, 2006, p. 2604 ; sur la distinction : F. et P.-B. GREFFE, *Traité des dessins et modèles*, Litec, 8^e éd., 2008, n° 275 et suiv.

¹⁰⁶⁹ F. et P.-B. GREFFE, *op. cit.*, n° 315 ; F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, 2010, p. 528-529, n° 990. Cela est également vrai en droit d'auteur, pour être protégeable, les éléments ajoutés à l'œuvre tombée dans le domaine public doivent constituer un « apport créatif » : TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 1^{er} juillet 2011, Soc. Publications Georges Ventillard c/ Soc. Guy Delcourt Productions et Syndicat national de l'édition (SNE), com. Ph. MOURON, « Les nouvelles tribulations juridiques des *Pieds nickelés* », *RLDI*, octobre 2011, n°75, act. n°2475, p. 14 et suiv., décision p. 20 : « *un apport créatif ne saurait se réduire à la taille d'un nez ou à l'épaisseur d'une barbe* ».

¹⁰⁷⁰ CCE octobre 2002, n°124, Caron, arrêt du 21 mai 2002 (CA Paris, ch. 1, section A)

¹⁰⁷¹ P. GREFFE, CA Paris, 14 mai 1973, *Dalloz* jurisprudence p. 257

¹⁰⁷² Voir par exemple Angers, 12 novembre 1990 (cité par O. LALIGANT, *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création*, PUAM, 1999, note 678)

¹⁰⁷³ Cass. com. 22 mars 2005, n°03-17699, comm. F. GREFFE, « Appréciation de la nouveauté et de l'originalité d'un modèle qui s'inspire du domaine public et appréciation de la contrefaçon dans pareille hypothèse », *propriété industrielle*, février 2006, com. 19, p. 30

¹⁰⁷⁴ *ibid.*



seconde société pour contrefaçon et concurrence déloyale, pour avoir reproduit servilement un de ses modèles. La cour a estimé que le modèle en question reprenait et combinait des formes appartenant au domaine public¹⁰⁷⁵.

Ensuite, le dessin ou le modèle ne doit pas être une copie servile. La « *déclinaison d'un modèle tombé dans le domaine public* » est protégeable. Mais il ne faut pas que la différenciation avec le modèle du domaine public se limite à « *l'adjonction d'éléments mineurs* ». Cette limite à l'appropriation du domaine public permet aux autres créateurs d'utiliser ces mêmes éléments. La liberté de création est alors préservée.

Ainsi, lorsque les éléments empruntés au domaine public sont librement réutilisables, le second modèle, s'inspirant des mêmes éléments, ressemblera au premier, ce qui sera licite¹⁰⁷⁶. Par exemple, l'assemblage d'éléments banals résultant d'une des tendances de la mode et donc existant dans d'autres lignes de vêtements, ne peut être considéré comme original¹⁰⁷⁷. Le seul apport en l'espèce était technique. Un concurrent est donc libre de créer un vêtement ayant ces caractéristiques. En effet, dans le domaine de la mode, « *ce sont les éléments secondaires qui seront pris en compte pour déterminer s'il y a ou non création* »¹⁰⁷⁸.

L'appréciation du caractère protégeable d'une création est différente selon les types de créations. Dans le domaine de la mode la liberté de création semble plus étendue, puisqu'il est possible de reprendre des éléments déjà utilisés, s'ils constituent une tendance de la mode.

Un élément de la nature peut être également repris dans un dessin ou modèle. Celui-ci ne sera protégé que s'il individualise « *d'une manière typique* » l'élément en question¹⁰⁷⁹.

Un créateur est également libre de reprendre un style de vêtement. Dans un arrêt du 16 mai 2008, les juges ont en effet affirmé qu'une société, en l'espèce la société Sonia Rykiel, ne peut revendiquer « *pour la décoration de vêtements* » le style consistant en une « *déclinaison*

¹⁰⁷⁵ *ibid.*

¹⁰⁷⁶ J.-Ch. GALLOUX, « Droit des dessins et modèles (avril 2005/juin 2006) », *Dalloz*, 2006, p. 2604 ; CA Paris, 6 février 2004, cité par J.-Ch. GALLOUX (panorama) ; P. GREFFE, « Appréciation au regard du domaine public », *propriété industrielle*, n°10, octobre 2004, comm. 82 *PIBD* 1^{er} août 2004, n° 791, III, p. 461

¹⁰⁷⁷ P. GREFFE, note sous CA Paris, 6 février 2004, « Appréciation au regard du domaine public », *propriété industrielle*, n°10, octobre 2004, comm. 82 ; *PIBD* 1^{er} août 2004, n° 791, III, p. 461 : en l'espèce, la contrefaçon est appréciée en droit d'auteur, le modèle n'a pas été déposé.

¹⁰⁷⁸ P. GREFFE, note sous CA Paris, 6 février 2004, *op. cit.*

¹⁰⁷⁹ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, précis, 7^e éd., 2012, n°1219



de rayures horizontales multicolores » de même taille, sur fond noir. Pour les juges, il s'agit d'un genre, non protégeable¹⁰⁸⁰. Cette solution est constante¹⁰⁸¹.

204. La préservation du fonds commun se pose également en droit des marques. Il semble que ce droit est distinguable des autres droits, dans la mesure où le droit des marques est perpétuel¹⁰⁸². Par ce constat, il semble qu'il y ait une rupture de l'unité des droits de propriété intellectuelle, pour lesquels la protection est limitée afin de permettre l'accès et l'utilisation des créations. Cependant, si l'enregistrement d'une marque est constamment renouvelable, il s'agit également d'un droit finalisé et dont l'utilisation n'est pas sans limites. L'équilibre entre marques protégées et liberté de création est spécifique à l'objet de ce droit (section 3).

Section 3 : La spécificité du droit des marques

205. Quel espace de liberté pour un droit indéfiniment renouvelable ? Le droit sur les marques n'est pas un droit absolu. Les signes ne peuvent être réservés que dans leur fonction. L'enregistrement d'une marque est indéfiniment renouvelable¹⁰⁸³. Il ne paraît donc pas être question de la préservation d'un fonds commun. Cependant, d'une part, tout n'est pas appropriable (§ 1), d'autre part, le titulaire du droit de marque peut perdre son droit sur celle-ci (§ 2).

¹⁰⁸⁰ P. GREFFE, note sous CA Paris, 4^e ch., section B, 16 mai 2008, « Non protection du genre », *propriété industrielle*, n°9, septembre 2008, comm. 69

¹⁰⁸¹ P. GREFFE, note sous CA Paris, 4^e ch., section B, 16 mai 2008, « Non protection du genre », *propriété industrielle*, n°9, septembre 2008, comm. 69 : il cite notamment CA Paris, 4^e ch., 14 juin 1966, *Ann. Prop. Ind.* 1966, p. 182 : à propos de modèles de poudriers, ce sont des objets déterminés et individualisés qui sont protégeables et non un genre constitué. En l'espèce, le fait de mettre un autre motif sur une boîte de même forme dont les différents éléments appartiennent au domaine public, donne « une toute autre physionomie qui ne permet aucune confusion » ; CA Paris, 13 décembre 1995, *PIBD* 1996, n°606, III, p. 129 : le modèle d'une corbeille en osier, dans laquelle sont réunis divers accessoires destinés aux jeunes bébés n'est pas protégeable lorsque la société qui a déposé ce modèle « ne revendique pas une combinaison précise et déterminée d'objets strictement définis, mais une présentation spécifique d'objets pouvant varier au gré de la volonté librement exprimée du client ». Cette présentation constitue un genre qui n'est pas susceptible d'être protégé.

¹⁰⁸² M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, n° 434 : il est toujours possible d'effectuer un nouvel enregistrement de la marque.

¹⁰⁸³ Article L. 712-1 CPI : « La propriété de la marque s'acquiert par l'enregistrement. La marque peut être acquise en copropriété.

L'enregistrement produit ses effets à compter de la date de dépôt de la demande pour une période de dix ans indéfiniment renouvelable ».



§ 1 : Ce qui ne peut être approprié

206. La marque doit être distinctive¹⁰⁸⁴. Lorsqu'une marque est évocatrice, ses concurrents peuvent utiliser les termes la constituant, dans la mesure où ceux-ci sont « indispensables à l'exercice de leur activité »¹⁰⁸⁵. Pour G. BONET, en raison de la méthode globale d'appréciation du risque de confusion lors d'une action en contrefaçon, « le titulaire d'une marque très évocatrice est susceptible d'éprouver quelques difficultés à obtenir gain de cause »¹⁰⁸⁶. L'auteur cite notamment la marque « Ultra doux » qui a été utilisée par un concurrent sur des produits identiques¹⁰⁸⁷.

207. La protection est parfois réduite lorsque la marque est faiblement distinctive. L'utilisation par un tiers d'un des éléments que l'on peut considérer comme banal, voire descriptif, est normalement valable. Ainsi, « Stop malus » n'imité pas « SOS malus »¹⁰⁸⁸, dans la mesure où cette marque était « parfaitement banale et faiblement distinctive, du fait même de son fort pouvoir évocateur »¹⁰⁸⁹.

Il ne s'agit pas cependant d'une solution immuable, ce qui s'expliquerait par le fait que la notion de « marque faible » n'existe pas en droit français¹⁰⁹⁰. Les juges ont, par exemple, estimé que la marque « côté blanc » contrefaisait la marque « carré blanc »¹⁰⁹¹.

La préservation de la liberté de création, par le maintien d'un fonds commun comprenant les mots descriptifs par exemple n'est donc pas assurée. Elle relève de la jurisprudence qui peut être contradictoire.

¹⁰⁸⁴ Article L. 711-2 CPI : « Le caractère distinctif d'un signe de nature à constituer une marque s'apprécie à l'égard des produits ou services désignés.

Sont dépourvus de caractère distinctif:

a) Les signes ou dénominations qui, dans le langage courant ou professionnel, sont exclusivement la désignation nécessaire, générique ou usuelle du produit ou du service;
b) Les signes ou dénominations pouvant servir à désigner une caractéristique du produit ou du service, et notamment l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, la provenance géographique, l'époque de la production du bien ou de la prestation de service;
c) Les signes constitués exclusivement par la forme imposée par la nature ou la fonction du produit, ou conférant à ce dernier sa valeur substantielle.

Le caractère distinctif peut, sauf dans le cas prévu au c, être acquis par l'usage ».

¹⁰⁸⁵ G. BONET, « Distinctivité du signe », *jurisclasseur marques-dessins et modèles*, fasc. 7090, 2007, n°25

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*

¹⁰⁸⁷ CA Versailles, 12^e ch., section 2, 11 février 2001, *GP* 2001, 2, jurisprudence, p. 2049, STAEFFEN, cité par G. BONET, « Distinctivité du signe », *jurisclasseur marques-dessins et modèles*, fasc. 7090, 2007, n°25. Cette marque a ensuite été annulée.

¹⁰⁸⁸ CA Paris 4^e ch., A 27 mars 2002, *jurisdata* n° 2002-174012, *PIBD* n°749, 2002, III, p. 407 ; *ann. Prop. Ind.* 2002 n° 2, p. 289 et suiv.

¹⁰⁸⁹ CA Paris 4^e ch., A 27 mars 2002, *jurisdata* n°2002-174012, *PIBD* 2002, III, p. 407 ; *ann. Propr. indus* 2002 p. 290, cité par G. BONET, *op. cit.* n°25

¹⁰⁹⁰ G. BONET, « Distinctivité du signe », *jurisclasseur marques-dessins et modèles*, fasc. 7090, 2007, n°25

¹⁰⁹¹ TGI Strasbourg, 1^{er} décembre 1998, *PIBD* n°669, 1999, III, p. 49



208. Exemple : l'image d'un bâtiment. Lorsque l'image constituant la marque représente un monument, son titulaire ne peut pas s'opposer à ce qu'un concurrent utilise une image de ce même monument¹⁰⁹². En revanche, le concurrent ne peut pas utiliser la même image, il s'agirait d'une contrefaçon.

La cour de cassation a précisé dans quelle mesure la forme d'un bâtiment pouvait constituer une marque¹⁰⁹³. Elle affirme que « *la forme extérieure d'un bâtiment, revendiquée en elle-même et non pas seulement dans sa reproduction par l'un des modes expressément prévu à l'article 1^{re} de la loi du 31 décembre 1964, n'est pas un signe matériel susceptible de constituer une marque valable permettant de désigner les services d'une entreprise* ». Pour D. BASTIAN, cet argument n'est pas valable, dans la mesure où le graphisme déposé n'est pas seul protégé, la jurisprudence protège également sa représentation¹⁰⁹⁴. Pour lui, c'est surtout la banalité de la forme du bâtiment qui a conduit les juges à s'opposer à l'appropriation de la marque, ce qui était la solution donnée par les juges de première instance¹⁰⁹⁵. D. BASTIAN fait référence à la liste énumérée par la loi¹⁰⁹⁶, estimant que celle-ci pouvait comprendre l'utilisation de la forme d'un bâtiment pour différencier des produits ou des services, l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1964, en vigueur à ce moment-là, disposant *in fine* que sont considérées comme marques « *en général tous signes matériels* »¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹² Cette solution a été donnée par le TGI Strasbourg, 10 février 1965, *Dalloz* 1966, p. 425, note R. P.

¹⁰⁹³ TGI Besançon, 23 avril 1968 ; en appel : CA Besançon, 5 juin 1970 ; cass. com., 29 février 1972, bull. n°78, p. 74 ; *Dalloz* 1972, jurisprudence p. 397, note X. L. ; note par R. DUSOLIER, *ann. Propr. Ind.* 1972, p. 20 ; *RTD com* 1970, p. 692 et suiv., spéc. n° 6, p. 695, D. BASTIAN, « De la marque constituée par la forme d'un bâtiment », in *Hommage à Henri Desbois, études de propriété intellectuelle*, Dalloz, 1974, p. 105 et suiv.

¹⁰⁹⁴ D. BASTIAN, « De la marque constituée par la forme d'un bâtiment », in *Hommage à Henri Desbois, études de propriété intellectuelle*, Dalloz, 1974, p. 105 et suiv., p. 114. Voir par exemple : CA Paris, 4^e ch. 28 mai 1962, *ann. Propr. Ind.*, 1962, p. 196, à propos d'une marque représentant une gaufrette (paille d'or), note P.M. ; CA Paris, 4 mars 1957, *ann. propr. ind.* 1957, n° 2, p. 174 ; R. DUSOLIER, *ann. propr. ind.*, 1972, n° 2, p. 20 et suiv..

¹⁰⁹⁵ D. BASTIAN, *op. cit.*, p. 117.

¹⁰⁹⁶ Aujourd'hui contenue à l'article L. 711-1 CPI : « *La marque de fabrique, de commerce ou de service est un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale.*

Peuvent notamment constituer un tel signe :

a) *Les dénominations sous toutes les formes telles que: mots, assemblages de mots, noms patronymiques et géographiques, pseudonymes, lettres, chiffres, sigles;*

b) *Les signes sonores tels que: sons, phrases musicales;*

c) *Les signes figuratifs tels que: dessins, étiquettes, cachets, lisières, reliefs, hologrammes, logos, images de synthèse; les formes, notamment celles du produit ou de son conditionnement ou celles caractérisant un service; les dispositions, combinaisons ou nuances de couleurs ».*

¹⁰⁹⁷ D. BASTIAN, « De la marque constituée par la forme d'un bâtiment », in *Hommage à Henri Desbois, études de propriété intellectuelle*, Dalloz, 1974, p. 105 et suiv., p. 107-108



L'image de tout bâtiment n'est cependant pas susceptible de constituer une marque. Ainsi, il est possible d'interdire l'utilisation de l'image d'un château en tant que marque sur le fondement de l'article L. 711-4 CPI¹⁰⁹⁸.

En l'occurrence, le propriétaire du château a invoqué la protection de l'image du bien¹⁰⁹⁹, par extension de son droit de propriété sur le bien, sur le fondement de l'article 544 du code civil. Le propriétaire allait dans le sens de la jurisprudence alors en vigueur, les juges ayant provisoirement consacré le droit du propriétaire sur l'image du bien par un arrêt du 10 mars 1999¹¹⁰⁰. Dans l'affaire en cause, les juges ont estimé que le contrat, établi entre les anciens propriétaires du château et les acquéreurs des vignes, est opposable au nouveau propriétaire du château. Ainsi, la stipulation selon laquelle l'usage de l'image et du nom du château est concédé au propriétaire du vignoble pour la vente de vins, est perpétuelle et doit rester attachée à la propriété du vignoble¹¹⁰¹.

Plus généralement, lorsque le monument ou le paysage a acquis une telle notoriété qu'il pourrait avoir la même signification qu'une appellation d'origine, il ne peut être seul, déposé comme marque¹¹⁰².

209. Plus généralement : ce qui n'est pas appropriable. Le nom d'une commune ne peut pas non plus être repris¹¹⁰³, tout comme le nom patronymique célèbre lorsque cette utilisation porte atteinte aux droits de la personnalité d'un tiers¹¹⁰⁴.

¹⁰⁹⁸ Article L. 711-4 CPI : « Ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment :

- a) A une marque antérieure enregistrée ou notoirement connue au sens de l'article 6 bis de la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle;
- b) A une dénomination ou raison sociale, s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public;
- c) A un nom commercial ou à une enseigne connus sur l'ensemble du territoire national, s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public;
- d) A une appellation d'origine protégée;
- e) Aux droits d'auteur;
- f) Aux droits résultant d'un dessin ou modèle protégé;
- g) Au droit de la personnalité d'un tiers, notamment à son nom patronymique, à son pseudonyme ou à son image;
- h) Au nom, à l'image ou à la renommée d'une collectivité territoriale ».

¹⁰⁹⁹ « à supposer qu'elle ait connu un usage antérieur, son dépôt n'aurait pas été frauduleux... dans la mesure où, en sa qualité de propriétaire [du château], elle détenait seule le droit d'usage du nom et de l'image de ce monument, par application de l'article 544 du code civil ».

¹¹⁰⁰ Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1999, Bull. civ. I, n°87. Voir par la suite.

¹¹⁰¹ CA Bordeaux, 25 mai 2004, première chambre, section A, comm. B. GLEIZE, « L'image des biens au pays du droit des marques », *RLDI*, 1/2005, Actualités

¹¹⁰² J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de propriété industrielle*, précis Dalloz, 7^e édition, 2012, n° 1459

¹¹⁰³ Voir cependant TGI Albertville, ord. réf., 27 avril 2010, com. Ph. YOLKA, « Les apparentements terribles : nom de commune et dénomination de laxatif », *JCP A et C*, n°22, 31 mai 2010, 2183. Le médicament existait antérieurement à la loi de 1991, mais la publicité, interdite par l'ordonnance de référé est intervenue après.



Il existe également des signes dont l'utilisation est légalement interdite¹¹⁰⁵. Ce sont les marques évoquant un label d'excellence, les marques similaires à des marques de tabac pour d'autres produits. Ce sont également les marques trompeuses « *sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles de toutes marchandises* » ou sur « *l'aptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation du produit* »¹¹⁰⁶. Les marques trompeuses sur l'origine du produit¹¹⁰⁷ ou sur ses qualités sont également interdites. Il s'agit par exemple des marques « servi frais » pour des produits surgelés ou « comme à la maison » pour des confitures industrielles sont prohibées car trompeuses¹¹⁰⁸.

Si la marque, lorsqu'elle est licite, est indéfiniment renouvelable, il existe des mécanismes permettant d'équilibrer le droit du titulaire du droit et la liberté du commerce et de

¹¹⁰⁴ Voir par exemple CA Bordeaux, 16 mai 2011, n°10/00889, note J.-P. CLAVIER, « Nom patronymique célèbre et droit des marques », *L'essentiel Droit de la propriété intellectuelle*, 2011, n°8, p. 5, n°132

¹¹⁰⁵ Loi du 4 janvier 1991 n°91-7, article L.711-4 CPI.

¹¹⁰⁶ Article L. 213-1 du code de la consommation : « *Sera puni d'un emprisonnement de deux ans au plus et d'une amende de 37 500 euros au plus ou de l'une de ces deux peines seulement quiconque, qu'il soit ou non partie au contrat, aura trompé ou tenté de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers :*

1° Soit sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles de toutes marchandises ;

2° Soit sur la quantité des choses livrées ou sur leur identité par la livraison d'une marchandise autre que la chose déterminée qui a fait l'objet du contrat ;

3° Soit sur l'aptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation du produit, les contrôles effectués, les modes d'emploi ou les précautions à prendre ».

Lorsque la tromperie envers les consommateurs et les acheteurs ne paraît pas possible, l'utilisation du préfixe « bio » dans une marque désignant de l'eau. La marque « Biosource » est donc licite : CA Toulouse, 3^e ch., 28 octobre 1999, « Tromperie : un consommateur moyen ne peut croire que l'eau est un produit de l'agriculture biologique », *Dalloz* 2000, p. 209

¹¹⁰⁷ Article L. 217-6 du code de la consommation : « *Quiconque, sur des produits naturels ou fabriqués, détenus ou transportés en vue de la vente, mis en vente ou vendus en France, ou sur des emballages, caisses, ballots, enveloppes, bandes, étiquettes, etc., aura apposé ou sciemment utilisé une marque de fabrique ou de commerce, un nom, un signe ou une indication quelconque de nature à faire croire, s'ils sont étrangers, qu'ils ont été fabriqués en France ou qu'ils sont d'origine française et, dans tous les cas, qu'ils ont une origine différente de leur véritable origine française ou étrangère, sera puni des peines prévues par l'article L. 213-1, sans préjudice des dommages-intérêts, s'il y a lieu.*

Toutefois, cette disposition ne sera pas applicable lorsque le produit portera, en caractères manifestement apparents, l'indication de la véritable origine, à moins que la fausse indication d'origine ne constitue une appellation régionale protégée par la section I du chapitre V du titre I^{er} du livre I^{er}.

En ce qui concerne les produits français, la raison sociale, le nom et l'adresse du vendeur ne constituent pas nécessairement une indication d'origine ».

¹¹⁰⁸ J. PASSA, « Droit commun des marques et protection du consommateur », in *Etudes de droit de la consommation. Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 781 et suiv., spéc. p. 789, n° 12, notes 29 et 30 : CA Paris, 12 février 1981, *PIBD* 1981, n°277, III, p. 76 ; CA Paris, 11 octobre 1990, *PIBD* 1991, n°497, III, p. 200



l'industrie¹¹⁰⁹, limitant l'appropriation à sa fonction essentielle¹¹¹⁰. Le titulaire peut donc être déchu de son droit, s'il ne « *se conforme pas à certaines obligations fondamentales* »¹¹¹¹ (§ 2). Le signe est alors librement réutilisable par d'autres.

§ 2 : La perte du droit sur la marque

210. La perte du droit sur la marque qui a été précédemment accordé permet de ménager concurremment les intérêts du déposant et ceux de la société, des concurrents et des consommateurs¹¹¹². Dans certains cas, cette perte du droit provient du fait que la marque est devenue la désignation usuelle du produit, elle est alors librement utilisable par ses concurrents. Dans d'autres cas, la marque n'est plus utilisée, ou est devenue trompeuse. Son titulaire perd son droit sur la marque et le signe est alors appropriable par d'autres. Il existe donc deux situations différentes. Soit le signe tombe dans le domaine public et devient un élément du fonds commun, soit les tiers sont libres de s'approprier ce signe. La déchéance existe dans les différents droits de propriété industrielle¹¹¹³. En droit des marques, elle peut résulter d'un défaut d'exploitation (A). Elle peut également être prononcée lorsque la marque est devenue trompeuse, ou encore pour cause de dégénérescence (B).

A) La déchéance pour défaut d'exploitation

211. La liberté de disposer des signes déchus. La déchéance des marques non utilisées est également un moyen de limiter le monopole des titulaires de marques.

Le titulaire d'une marque peut être déchu de ses droits parce qu'il ne l'a pas exploitée¹¹¹⁴. Le signe est donc à nouveau disponible. De nombreuses marques n'étant plus exploitées, cette

¹¹⁰⁹ E. LE BIHAN, « Perte du droit sur la marque : renonciation, forclusion, déchéance, nullité », *JurisClasseur Marques – Dessins et modèles*, fasc. 7405, 2009, n°1

¹¹¹⁰ La fonction essentielle d'une marque est, pour la CJUE, « *de garantir l'identité d'origine des produits ou des services pour lesquels elle a été enregistrée, aux fins de créer ou de conserver un débouché pour ces produits et services, à l'exclusion d'usages de caractères symboliques ayant pour seul objet le maintien des droits conférés par la marque* » : CJCE, 11 mars 2003, C40/01.

¹¹¹¹ C. BERNAULT, J.-P. CLAVIER, *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, ellipses, 2008, p.109

¹¹¹² E. LE BIHAN, *op. cit.* n°2

¹¹¹³ En droit des brevets, elle est prévue en cas de défaut de paiement des annuités (article L.613-22 CPI), de même qu'en droit des obtentions végétales (article L.623-23 CPI), en droit des dessins et modèles, la déchéance est prévue lorsque le dépôt simplifié de la demande d'enregistrement, permis pour les « *industries qui renouvellent fréquemment la forme et le décor de leurs produits* » n'a pas été rendu conforme aux prescriptions générales fixées par décret du dépôt : (article L.512-2 et 512-3 CPI).

¹¹¹⁴ Cette possibilité résulte de la loi du 31 décembre 1964. La déchéance est prévue par l'article L. 714-5 CPI qui dispose que : « *Encourt la déchéance de ses droits le propriétaire de la marque qui, sans justes motifs, n'en a*

disposition a eu comme but de les supprimer du Registre national, « *remettant à la libre disposition des tiers des signes qui faisaient l'objet d'un monopole inutilisé* »¹¹¹⁵. Cependant, lorsque la marque est utilisée sous une forme légèrement modifiée par rapport à l'enregistrement, elle est considérée comme exploitée¹¹¹⁶.

212. Le dépôt de marques proches. Les juges, défavorables au dépôt de marques défensives¹¹¹⁷, avaient estimé que le dépôt de marques proches montrait que le déposant distinguait ces différents signes et qu'il ne pouvait dès lors opposer l'analogie entre les signes pour échapper à la déchéance et donc à la réutilisation du signe qu'il n'utilisait plus¹¹¹⁸. Cette pratique conduit à limiter le fonds commun et donc la liberté de création des concurrents. Elle permet en effet de reconnaître plus facilement la contrefaçon, car dans l'hypothèse où la marque concurrente ne ressemble pas suffisamment à la marque principale pour qu'il y ait un risque de confusion, la similitude peut être appréciée par rapport à l'une des marques

pas fait un usage sérieux, pour les produits et services visés dans l'enregistrement, pendant une période ininterrompue de cinq ans.

Est assimilé à un tel usage:

a) L'usage fait avec le consentement du propriétaire de la marque ou, pour les marques collectives, dans les conditions du règlement;

b) L'usage de la marque sous une forme modifiée n'en altérant pas le caractère distinctif;

c) L'apposition de la marque sur des produits ou leur conditionnement exclusivement en vue de l'exportation.

La déchéance peut être demandée en justice par toute personne intéressée. Si la demande ne porte que sur une partie des produits ou des services visés dans l'enregistrement, la déchéance ne s'étend qu'aux produits ou aux services concernés.

L'usage sérieux de la marque commencé ou repris postérieurement à la période de cinq ans visée au premier alinéa du présent article n'y fait pas obstacle s'il a été entrepris dans les trois mois précédant la demande de déchéance et après que le propriétaire a eu connaissance de l'éventualité de cette demande.

La preuve de l'exploitation incombe au propriétaire de la marque dont la déchéance est demandée. Elle peut être apportée par tous moyens.

La déchéance prend effet à la date d'expiration du délai de cinq ans prévu au premier alinéa du présent article. Elle a un effet absolu ».

¹¹¹⁵ M. ABELLO et J. TASSI, « Le ballet jurisprudentiel sur la déchéance pour défaut d'exploitation en cas de dépôts de marques multiples », *propriétés industrielles*, n°7 juillet 2009, étude 15, n° 2 ; J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, précis, 7^e éd., 2012, n°1618 et suiv.

¹¹¹⁶ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *op. cit.* n° 1622 ; M. ABELLO et J. TASSI, *op. cit.* n° 2 ; F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, 2010, p. 863, n° 1505 ; voir L. 714-5 b) CPI : « *Encourt la déchéance de ses droits le propriétaire de la marque qui, sans justes motifs, n'en a pas fait un usage sérieux, pour les produits et services visés dans l'enregistrement, pendant une période ininterrompue de cinq ans.*

b) L'usage de la marque sous une forme modifiée n'en altérant pas le caractère distinctif ».

¹¹¹⁷ M. ABELLO et J. TASSI, *op. cit.* n°10 ; on parle également de « marque de barrage » ou « de défense » : F. POLLAUD-DULIAN, « Les variantes du signe enregistré en droit des marques », *propriétés intellectuelles*, avril 2009, n°31, p. 124 (spéc. p. 125) Les déposants de telles marques empêchent ainsi les concurrents d'utiliser des signes proches de la marque principale, qui est la seule à être exploitée.

¹¹¹⁸ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, précis, 7^e éd., 2012, n° 1622 ; Cass. ass. plén. 16 juillet 1992, *Bull. civ.* n° 10 ; « L'exploitation d'une marque analogue à une autre marque enregistrée ne vaut pas exploitation de cette dernière : déchéance », *Dalloz* 1992 som. p. 240 ; *JCP G.* 1992. II. 21951, obs. BURST. Sur renvoi : CA Rouen, 13 septembre 1994 : Y. REBOUL et E. TEVENIN, note, *Ann. propr. ind.* 1995, p. 157 ; (également CA Paris, 20 janvier 2006, *PIBD* 2006 III 217) M. ABELLO et J. TASSI, *op. cit.* n° 5



défensives¹¹¹⁹. Pour une partie de la doctrine, cette pratique était contestable¹¹²⁰, la cour d'appel de Paris a affirmé à ce propos que « *la déchéance étant une sanction, les conditions de son application doivent être interprétées strictement* » et le titulaire des marques doit pouvoir échapper à la déchéance si les « *différences entre l'une et l'autre sont minimales et n'altèrent pas le caractère distinctif, essentiel du premier signe* »¹¹²¹.

La chambre commerciale de la cour de cassation a rendu trois arrêts le 14 mars 2006¹¹²², revenant ainsi sur la solution adoptée en 1992. Pour elle, ce qui doit être pris en compte c'est l'exploitation d'une marque sous forme modifiée et si cette dernière n'a pas altéré le caractère distinctif de la marque¹¹²³. Cette solution conduit à une restriction du fonds commun, les titulaires de marques pouvant interdire aux tiers l'utilisation d'un signe qu'ils n'utilisent plus. Elle était favorable au titulaire de la marque, puisque cela était valable même si la seconde marque n'était pas enregistrée. Cette solution plus permissive pour les titulaires de marque semble cependant remise en cause. La CJUE a en effet énoncé une solution similaire à celle de l'arrêt de 1992 pour les marques communautaires¹¹²⁴. Et depuis, la cour d'appel de Paris

¹¹¹⁹ Voir F. POLLAUD-DULIAN, « Les variantes du signe enregistré en droit des marques », *propriétés intellectuelles*, avril 2009, n°31, p. 124 (spéc. p. 125), à propos d'une affaire européenne : TPICE, 23 février 2006, T-194/03, point 19 cité par l'auteur.

¹¹²⁰ Cass. Ass. Plén., 16 juillet 1992, *Bull. civ.* n° 10; « *L'exploitation d'une marque analogue à une autre marque enregistrée ne vaut pas exploitation de cette dernière : déchéance. L'opposabilité au tiers de la modification des droits portant sur une marque : en l'absence du dépôt en renouvellement, le titulaire d'une marque ne peut poursuivre une société pour usage illicite de celle-ci* », *Dalloz*, 1992. IR p. 240 ; J.-J. BURST, « MARQUES. — Déchéance, a) L. 31 déc. 1964, art. 11. Exploitation de la marque « Lotus » ne valant pas exploitation de la marque « Au Lotus ». b) Conv. Union de Paris, art. 5 C 2. Application. Condition. Marque unique », *JCP G* 1992, n°47, 18 novembre 1992, II, 21951 ; également au *JCP E*, n° 44, 29 octobre 1992, II, 355 ; cass. com. 15 janvier 1985 et cass. com. 17 juillet 1984, *Dalloz* 1986, inf. rap. 88, obs. J.-J. BURST. Voir également CA Paris 7 mai 1984 : *Ann. prop. ind.* 1984, n° 2, p. 169

¹¹²¹ CA Paris, 21 janvier 2000, P.-J. DECHRISTE, « L'action en déchéance de marque pour défaut d'usage sérieux : une interprétation stricte des conditions d'application », *Dalloz* 2000, p. 833 ; J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, « Déchéance des droits sur la marque : exploitation sous forme modifiée », *RTD com* 2000, p.360

¹¹²² Cass. com. 14 mars 2006 (3 décisions): *Bull. civ.* IV, n°s 68, 69 et 71; P.-J. DECHRISTE, « L'interprétation stricte des conditions de la déchéance de marque pour défaut d'usage sérieux », *Dalloz* 2006, p. 1390 ; S. DURRANDE, « Droit des marques », *Dalloz* 2006, p. 2319 et suiv. ; J. DALEAU, « Une marque sauvée de la déchéance par l'usage d'une marque voisine non enregistrée », *Dalloz* 2006 p. 917; J. AZEMA, « Déchéance pour défaut d'exploitation », *RTD com.* 2007, p. 343 ; Ch. CARON, « Importants arrêts sur la déchéance de marque », *com. com. électr.* n° 5, mai 2006, comm. n° 79 ; P. TREFIGNY, « Un message clair en faveur des marques de défense ? », *Propri. ind.* Mai 2006, n° 5, p. 17 comm. n° 43. X. BUFFET DELMAS, « Quand l'usage de l'élément distinctif commun à plusieurs marques vaut usage de toutes ces marques », *Propri. intell.* 2006, n° 19, p. 220, in « Droit des marques et droits des signes distinctifs », p. 207 et suiv. ; M.-E. TAUDOU-MIQUELARD, « Dépôt de déclinaisons d'une marque première », *Gazette du Palais*, 21 décembre 2006, n° 355, p. 35 et 37. Cass. com. 20 juin 2006 : note P. TREFIGNY, « Le danger des marques complexes exploitées partiellement », *Propriété industrielle* octobre 2006, comm. n° 74.

¹¹²³ M. ABELLO et J. TASSI, « Le ballet jurisprudentiel sur la déchéance pour défaut d'exploitation en cas de dépôts de marques multiples », *propriétés industrielles*, n°7 juillet 2009, étude 15, n°16

¹¹²⁴ CJCE 13 septembre 2007, affaire C-234/06, *propriété industrielle*, 2007 comm. 89 A. FOLLIARD-MONGUIRAL, « CJCE, arrêt Bainbridge ou les aléas de la vie en famille (de marque) » ; M. ABELLO et J. TASSI, *op. cit.* n°23



semble se conformer à la solution de la CJUE¹¹²⁵. La Cour a ainsi affirmé que lorsque plusieurs marques proches sont déposées, cela signifie que leur titulaire a entendu les distinguer¹¹²⁶. La cour de cassation a également statué dans le même sens¹¹²⁷. Tout en permettant une protection efficace, puisqu'une légère modification d'une marque ne fait pas encourir la déchéance, cela décourage ceux qui, en déposant des familles de marques seraient susceptibles de rendre indisponibles des signes non utilisés. Il semble ainsi que la règle est assortie d'une certaine souplesse, puisque des changements ne modifiant pas la perception de la marque ne font pas encourir la déchéance, même certains dépôts mentionnent le terme ajouté à la marque contestée¹¹²⁸. Récemment, la CJUE est revenue sur la solution qui était la sienne en 2007. En effet, elle a affirmé dans un arrêt du 25 octobre 2012¹¹²⁹ que le titulaire d'une marque enregistrée peut « *se prévaloir de son utilisation dans une forme qui diffère de celle sous laquelle cette marque a été enregistrée sans que les différences entre ces deux formes altèrent le caractère distinctif de cette marque, et ce nonobstant le fait que cette forme différente est elle-même enregistrée en tant que marque* ». La cour restreint cependant cette solution qui ne peut s'appliquer « *à une marque «défensive» dont l'enregistrement n'a d'autre fin que de garantir ou d'élargir le champ de la protection d'une autre marque enregistrée, qui l'est dans la forme sous laquelle elle est utilisée* »¹¹³⁰. C'est une solution pragmatique pour certains, qui semble au moins confirmer que les droits de propriété

¹¹²⁵ M. ABELLO et J. TASSI, *op. cit.* n°23. Les auteurs font référence à des arrêts des 19 novembre 2008 et 25 juin 2008

¹¹²⁶ M ABELLO et J.TASSI, *op.cit.* citent notamment CA Paris, 18 février 2009, *PIBD* 2009, III, p. 1015. Egalement CA Paris, 23 mai 2008 Voir également : « *Pepito* » : *PIBD* 2009. III. p. 439 « *Il est permis de considérer une marque enregistrée comme utilisée dès lors qu'est rapportée la preuve de l'usage de cette marque sous une forme légèrement différente de celle sous laquelle elle a été enregistrée, elles ne permettent pas d'étendre, par la preuve de son usage, la protection dont bénéficie une marque enregistrée à une autre marque enregistrée dont l'usage n'a pas été démontré au seul motif qu'elle ne serait qu'une légère variante de la première* », CA Paris, 19 novembre 2008: *PIBD* 2009, n° 889 III, p. 801. CA Paris, 18 février 2009, « *Bach Flower Remedies* » : *PIBD* 2009, n° 895, III. p. 1015. « *En déposant six marques françaises et communautaires dont la partie dénominative est manifestement proche – la plupart d'entre elles contenant le terme « Abercrombie » – leur titulaire a entendu les distinguer de sorte que l'exploitation de l'une ne saurait constituer la preuve de l'exploitation des autres ; il lui incombe dès lors de justifier de l'usage sérieux qu'il a fait de chacune d'elles* » : CA Paris, 14 nov. 2008 : M. SABATIER, *Propriétés intellectuelles*, 2009, n°31, p.197 : l'absence de boutique, de campagnes publicitaires, etc., ne permettent pas de montrer « *une exploitation autre qu'à titre d'enseigne* » entraînant de ce fait la déchéance de la marque. De plus, l'usage sérieux doit être prouvé pour chacune des marques ; Pourvoi rejeté sur ce dernier point, par cass. com., 16 février 2010 : P. TREFIGNY-GOY, « Gare aux « familles de marques »... Cela se confirme », *Propriété industrielle*, juin 2010, comm. n° 41

¹¹²⁷ Cass. com., 16 février 2010, *PIBD* 2010, n°916, III, p. 243

¹¹²⁸ Cass. com. 15 mars 2011, n° 10-15.761, sté Charlott c/ sté Lollipops, com. P. TREFIGNY-GOY, « L'exploitation sous une forme modifiée... », *Propriété industrielle* n° 7, juillet 2011, com. 58

¹¹²⁹ CJUE, 25 octobre 2012, aff. C-553/11, Bernhard Rintisch c/ Klaus Eder, com. Ch. CARON, « Possibilité de prouver l'usage d'une marque par référence à l'usage d'une autre marque enregistrée », *com. com. électr.* n° 12, décembre 2012, com. 131

¹¹³⁰ *Ibid.*



intellectuelle doivent être utilisés conformément à leur fonction et ne peuvent pas être détournés.

Il ne s'agit pas de la seule cause de déchéance en droit des marques. Des marques qui étaient valables au moment de leur enregistrement, peuvent ensuite devenir usuelles ou déceptives. On fait référence à la dégénérescence de la marque (B).

B) La déchéance pour dégénérescence de la marque

213. La déchéance peut également sanctionner une exploitation abusive de la marque depuis 1991¹¹³¹. Cela comprend la marque devenue usuelle et celle devenue trompeuse.

214. La marque devenue usuelle ou générique. Dans le premier cas prévu à l'article L. 714-6 CPI, la marque est devenue usuelle ou générique lorsque celle-ci désigne non plus l'origine de l'objet mais l'objet lui-même¹¹³². Il s'agit souvent de marques qui désignaient des produits nouveaux et pour lesquels il n'existait pas de terme¹¹³³, comme par exemple, « frigidaire », « Bic », « esquimau »¹¹³⁴... Le caractère usuel de la marque doit être constaté produit par produit. Ainsi, le titulaire de la marque doit pouvoir continuer à utiliser celle-ci pour les produits pour lesquels la marque n'est pas un terme devenu un nom commun¹¹³⁵.

L'article L. 714-6 CPI précise que cette utilisation de la marque comme un nom commun doit être dû au propriétaire de la marque. Il s'agit de son action ou de son inaction, cet usage doit être du « *fait du titulaire de la marque* ». Dans ce cas, les juges estiment que le propriétaire est fautif lorsqu'il a « *laissé se développer un processus d'identification contre lequel il aurait*

¹¹³¹ Article L. 714-6 CPI : « Encourt la déchéance de ses droits le propriétaire d'une marque devenue de son fait :

a) La désignation usuelle dans le commerce du produit ou du service;

b) Propre à induire en erreur, notamment sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit ou du service ». [L. n° 91-7 du 4 janv. 1991, art. 28] ; Y. REBOUL, « La déchéance de la marque depuis la réforme législative du 4 janvier 1991 (article L. 714-5 du CPI) », in Jean Foyer, auteur et législateur *leges tulit, jura docuit, écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF 1997, p. 277 et suiv.

¹¹³² J.-J. BURST, « Une nouvelle cause de déchéance du droit sur la marque : la dégénérescence de la marque », in Jean Foyer auteur et législateur, *leges tulit, jura docuit, Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, Paris, 1997, p. 207 et suiv. (p. 208). S. DURRANDE, « Du bâtonnet glacé à l'« esquimau » ou les avatars des marques devenues la désignation usuelle d'un produit », *Dalloz*, 1991, p. 234 ; T. LANCRENON, « Les marques mortes d'avoir trop plu », *propriété industrielle*, juin 2008, chron. 13

¹¹³³ C. BERNAULT, J.-P. CLAVIER, *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, ellipses, 2008, p. 112

¹¹³⁴ Ou encore « bikini », « fermeture éclair », « scotch », ou encore « bretelle », « pédalo », « Caddie », « walkman ».

¹¹³⁵ Cass. com. 17 mars 2009, comm. Ch. CARON, « A propos des marques victimes de leur succès », *comm. électr.*, n° 7 juillet 2009, comm. 64



dû lutter »¹¹³⁶. Il n'est cependant pas tenu de protester contre les signes « *simplement semblables* » à sa marque¹¹³⁷.

215. La marque devenue déceptive. La deuxième hypothèse de déchéance prévue par l'article L. 714-6 CPI est celle dans laquelle la marque est devenue propre à induire en erreur le consommateur¹¹³⁸, ou devenue « déceptive ». Elle est devenue trompeuse lorsque sa dénomination fait croire des faits erronés, notamment les marques faisant croire que le produit est fabriqué quelque part alors qu'il est fabriqué ailleurs¹¹³⁹. Il semblerait donc que l'une des

¹¹³⁶ S. DURRANDE, « Celui qui invoque la dégénérescence d'une marque doit prouver la perte des droits du propriétaire sur sa marque », *Dalloz*, 2002, p. 1133. Par exemple, à propos de la marque « Pina Colada » : Paris, 4^e ch., B, 19 oct. 2001, com. S. DURRANDE, « Date d'appréciation du caractère distinctif d'une marque ; déchéance pour excès de notoriété », *Dalloz*, 2003, somm. p. 132 ; Ch. CARON, « Les grands malheurs de la marque "Pina Colada", déchue pour cause de dégénérescence », *comm. comm. électr.*, septembre 2002, n°9, p.22, comm. n°115 ; E. LARERE, « Le risque désormais effectif de la dégénérescence des marques », *Les petites affiches*, 4 avril 2002, n°68, p. 13 ; E. JOLY obs. à propos de CA Paris 4e ch. B, 19 octobre 2001, Aff. n° 1999/06247 Ego-Fruits c/Bardinet, *Propriétés intellectuelles* 2002, no 3, p. 94 ; *PIBD* 2002. III. 79 ; *RDPI*, août 2002, n° 138, p. 19. Pourvoi rejeté par cass. com. 28 avril 2004: Bull. civ. IV, no 79 ; comm. S. DURRANDE, « Droit des marques », *Dalloz* 2005, pan. p. 505 ; *JCP E* 2004. 909 ; *PIBD* 2004. III. 481. CA Paris, 4^e ch., A, 20 avril 2005, *PIBD* 2005. III. 473 ; comm. P. TREFIGNY, « Les "vingt ans d'âge" d'une marque compromis par la mode du vintage », *propriété industrielle*, octobre 2005, n°10, comm. n° 73 ; X. BUFFET DELMAS, « Droit des marques et autres signes distinctifs », *Propriétés intellectuelles*, octobre 2005, n° 17, p. 479. De plus, le demandeur en déchéance doit démontrer que la dégénérescence est due au titulaire de la marque : CA Paris, 14 novembre 1995, « Perfecto » *PIBD* 1996. III. 68. TGI Grenoble, 21 septembre 2000, «Thermos», comm. S. DURRANDE, « Celui qui invoque la dégénérescence d'une marque doit prouver la perte des droits du propriétaire sur sa marque », *Dalloz* 2002, somm. p. 1133 ; *PIBD* 2001. III. 14. CA Paris, 19 janvier 2008, «Botox», *PIBD* 2007. III. 212. Pourvoi rejeté par cass. com. 1^{er} juillet 2008, *PIBD* 2008. III. 530.

¹¹³⁷ TGI Créteil, 2 mars 2004, *PIBD* 2004, n°788, III, p. 361 ; P. TREFIGNY, « Smiley risque de perdre son sourire... », *propriété industrielle* juillet 2004, com. 61 ; Ch. CARON, « Marques : « :-) », signe distinctif, emblématique du commerce électronique », *comm. comm. électr.* octobre 2004, com. 115

¹¹³⁸ Voir par exemple, CA Paris, 4^e ch. A, 15 décembre 2004, com. P. TAFFOREAU, « La déchéance d'une marque patronymique devenue déceptive », *Légipresse* n°221 mai 2005, III, p. 92 ; *PIBD* 2005. III. 142 ; P. ALLAEYS, « Déchéance de marques patronymiques devenues déceptives », *Dalloz*, 2005, act. p. 772 ; A. MENDOZA-CAMINADE, note, *Dalloz* 2005, p. 772 ; J. AZEMA, « Dépôt d'un nom patronymique à titre de marque », *RTD com.*, 2005, p. 72 ; X. BUFFET DELMAS, « Cession de nom de famille : du risque de déchéance, en raison de leur caractère déceptif, de marques composées du nom de famille d'une personne notoire », *Propriétés intellectuelles*, avril 2005, n° 15, p. 201 ; Ch. CARON, « Rare application d'une déchéance pour déceptivité d'une marque patronymique », *Com. comm. électr.*, février 2005, n°2, comm. 29. Cassé par cass. com., 31 janvier 2006, Ph. ALLAEYS, « Le cédant d'une marque est irrecevable à agir en déchéance. Inès de la Fressange : Acte I, Scène 3 », *Dalloz*, 2006, act. p. 861 ; Ch. CARON, « Qui doit garantie ne peut évincer, y compris en matière de marques », *comm. comm. électr.*, avril 2006, n°4, p.27 ; P.-Y. GAUTIER, « « Qui doit garantie ne peut évincer ? » Pas forcément », *RTD civ.*, avril 2006, p.339 ; G. BONET, X. BUFFET DELMAS, I. de MEDRANO CABALLERO, « Droit des marques et autres signes distinctifs », *propriétés intellectuelles*, avril 2006, n°19, p.207 et suiv. ; L. LEVENEUR, « Qui doit garantir ne peut évincer ! », *ccc*, mai 2006, n°5, p.24 ; A. MENDOZA-CAMINADE, note sous arrêt, *JCP E*, 18 mai 2006, n°20, p.910 ; Ch. CARON, « Droit de la propriété intellectuelle », *JCP G*, 26 mai 2006, n°30, p.1501, Chron., p.162 ; S. DURRANDE, « Droit des marques (janvier 2005-avril 2006) », *Dalloz*, 28 septembre 2006, n°33, pan. p. 2319 ; M.-E. TAUDOU MIQUELARD, note sous arrêt, *gazette du palais*, 20 décembre 2006, n°354, p. 39 ; J. AZEMA, « Dépôt d'un nom patronymique à titre de marque, note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 31 janvier 2006, pourvoi numéro 05-10.116 ; Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), 30 mars 2006, affaire numéro C-259/04, Mme Emmanuel c/ Continental Shelf 125 Ltd », *RTD com.*, avril 2007, n°2, p.340 ;

¹¹³⁹ J.-J. BURST, « Une nouvelle cause de déchéance du droit sur la marque : la dégénérescence de la marque », in Jean Foyer auteur et législateur, *leges tulit, jura docuit, Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, Paris, 1997, p. 207 et suiv. (p. 210)



fonctions de la marque, la garantie de l'origine des produits ou services de la marque¹¹⁴⁰ justifie la déchéance d'une telle marque, qui ne peut plus être appropriée. Le risque encouru ne doit cependant pas être « *simplement potentiel* »¹¹⁴¹. Dans ce cas, la marque n'est pas nulle, elle est déchue, en raison d'une modification de ses conditions d'exploitation¹¹⁴².

216. Conclusion du chapitre. La limitation de la protection dans le temps est la principale manifestation de la liberté de création au sein des droits de propriété intellectuelle. Le fonds commun est indispensable à la création. La liberté d'emprunter à l'existant, de créer à partir des créations du domaine public, des idées, s'explique par le fait que « *la création ne se fait pas (...) à partir de rien* »¹¹⁴³.

La durée des droits est différente suivant le domaine de création. Elle a toujours été et est encore une question débattue¹¹⁴⁴. Ainsi, les auteurs d'œuvre de l'esprit bénéficient d'une protection plus longue que d'autres créations. De plus, leur droit moral, est perpétuel¹¹⁴⁵. Au-delà de la question de la durée que doit avoir la protection, l'équilibre entre protection et liberté peut être remis en cause par le cumul des protections. Il semble cependant que prendre en compte la finalité des droits permette de limiter un tel détournement de la protection. La liberté peut également être remise en cause, dans le domaine des marques, par le dépôt de marques proches, dont certaines ne sont pas utilisées. Il semble donc tentant de restreindre le domaine public pour les titulaires de droits de propriété intellectuelle, cependant, l'utilisation des droits en fonction de leur finalité est favorable à la liberté de création.

¹¹⁴⁰ Sur cette fonction : E. LE BIHAN, « Perte du droit sur la marque : renonciation, forclusion, déchéance, nullité », *JurisClasseur Marques – Dessins et modèles*, fasc. 7405, 2009, n°8

¹¹⁴¹ E. LE BIHAN, *op. cit.*, n°176

¹¹⁴² E. LE BIHAN, *op. cit.*, n°174

¹¹⁴³ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, n° 119

¹¹⁴⁴ Ch. GEIGER, J. PASSA, M. VIVANT, « La proposition de directive sur l'extension de la durée de certains droits voisins : une remise en cause injustifiée du domaine public », http://130.79.225.47/pdf/actualite/Proposition_directive_extension_28_janvier.pdf

¹¹⁴⁵ L'article L. 121-1 du CPI dispose en effet que « *L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible. Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur. L'exercice peut être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaires* ».



CHAPITRE 2 : LA PROTECTION CONDITIONNEE PAR L'EXPRESSION D'UN CHOIX

217. Plan. La liberté de création est prise en compte dans la protection des créations par les droits de propriété intellectuelle. Cependant, elle ne peut s'appliquer en l'absence de création. La notion de création est envisagée restrictivement du point de vue des droits de propriété intellectuelle, comme la création pouvant faire l'objet d'une protection. Ce sont les créations telles qu'elles sont envisagées par le droit qui déterminent la distinction entre ce qui est protégeable et ce qui est condamnable. Cependant, cette limite est difficile à établir. Le premier constat que l'on peut faire est que la création nécessite un apport, une nouveauté, une originalité qui n'existait pas jusqu'alors. Ainsi, la copie ne peut consister en une création, dans la mesure où son auteur ne crée pas et se contente de reproduire une création préexistante. La distinction entre copie et création « originale », ou véritable création protégeable, n'est pas évidente. En effet, certaines créations sont tellement proches de créations préexistantes, qu'elles ne sont pas reconnues comme des créations protégeables, mais comme des copies. Elles sont alors considérées comme des contrefaçons (section 1). Cependant, il est parfois tenu compte du degré de liberté du créateur pour déterminer s'il s'agit d'une création protégeable. Ainsi, la liberté de création, peut également être considérée comme un critère : sans liberté de création, il ne peut y avoir création et donc de protection de l'auteur ou inventeur de celle-ci. C'est parce que le créateur n'est pas un simple exécutant, mais qu'il a librement créé, qu'il peut bénéficier des droits de propriété intellectuelle (section 2).

Section 1 : La copie

218. Création et copie. La liberté de création trouve sa limite dans la copie. Celle-ci n'est pas une création propre. Un créateur n'est pas libre de reproduire une œuvre qui existe déjà. De plus, la propriété intellectuelle a notamment pour objet de valoriser la création et de protéger les créateurs. Ces derniers doivent donc pouvoir bénéficier également des fruits de leur travail. Il existe des nuances. Toute copie n'est pas l'exacte reproduction d'une création, elle peut y ressembler fortement. Certaines copies sont donc licites, d'autres seront considérées comme des contrefaçons.

219. Toute copie n'est pas considérée comme une contrefaçon. Si certaines copies sont considérées comme des œuvres, la liberté du copiste peut être tellement réduite, que celui-ci ne sera pas considéré comme un créateur. Les juges reconnaissent alors l'existence d'un simple savoir-faire¹¹⁴⁶. On peut alors se demander jusqu'où va la liberté de création, et donc à partir de quand on peut estimer que la liberté du créateur a été suffisante pour que la création en soit une et se distingue d'une autre création à laquelle elle ressemble.

Quelques éléments de réponse ont été apportés par la jurisprudence. Les juges estiment que *« les copies d'œuvres d'art plastique jouissent de la protection instituée par le code de la propriété intellectuelle, dès lors, qu'exécutées de la main même de leur auteur, elles portent l'empreinte de sa personnalité, malgré le caractère relatif d'une telle originalité »*¹¹⁴⁷.

Il existe également des exceptions qui font qu'une œuvre, qui devrait être considérée comme contrefaisante car trop proche d'une œuvre préexistante, est vue comme une création. La liberté de création peut donc prévaloir.

Par exemple, il n'y a pas contrefaçon lorsque l'auteur de la seconde œuvre prouve que *« les similitudes existant entre les deux œuvres procèdent d'une rencontre fortuite ou de réminiscence notamment d'une source d'inspiration commune »*¹¹⁴⁸. Cela pose le problème des limites de la contrefaçon. Ainsi, il serait possible d'échapper au grief de contrefaçon, même lorsque les éléments matériels existent. Cela semble être favorable à la liberté de création mais a été néanmoins fortement critiqué¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁶ A propos des œuvres d'art : Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2010, n°150

¹¹⁴⁷ Cass. 1^{re} civ., 9 novembre 1993, n°91-17.061, bull. 1993 I n°318, p. 221, *RIDA* juillet 1994, p. 273 : en l'espèce, le créateur avait *« utilis[é] divers motifs de sculpture qu'il a puisés dans le répertoire ornemental d'une époque déterminée »*.

¹¹⁴⁸ Voir notamment Cass. 1^{re} civ., 16 mai 2006, n° 05-11-780, J. DALEAU, *« « Djobi Djoba » n'était qu'une contrefaçon »*, *Dalloz*, 2006, p. 1532 ; P. SIRINELLI, *« propriété littéraire et artistique (novembre 2005 – août 2006) »*, *Dalloz*, 2006, panorama p. 2999 (plus particulièrement I *in fine*) ; Ch. CARON, *« Clémence pour le contrefacteur malgré lui ! »*, *comm. comm. électr.*, n°7, juillet 2006, comm. 104 ; P. HENAFF, *« Carambolage parmi les critères de la contrefaçon »*, *comm. comm. électr.*, n°3, mars 2007, étude 6 ; E. MARTIN-HOCQUENGHEM et J.-C. ZYLBERSTEIN, *« Propos critiques sur l'exception de rencontre fortuite »*, *comm. comm. électr.*, n°4, avril 2006, étude 9 ; X. DAVERAT, *« un an de droit de la musique »*, *comm. comm. électr.*, avril 2007, chronique n°4, spéc. § 17

¹¹⁴⁹ Cass., 1^{re} civ., 16 mai 2006, n° 05-11-780, P. HENAFF, *« Carambolage parmi les critères de la contrefaçon »*, *comm. comm. électr.*, n°3, mars 2007, étude 6 ; E. MARTIN-HOCQUENGHEM et J.-C. ZYLBERSTEIN, *« Propos critiques sur l'exception de rencontre fortuite »*, *comm. comm. électr.*, n°4, avril 2006, étude 9. Favorable : Ch. CARON, *« Clémence pour le contrefacteur malgré lui ! »*, *comm. comm. électr.*, n°7, juillet 2006, comm. 104. Sur cet arrêt voir également : J. DALEAU, *« « Djobi Djoba » n'était qu'une contrefaçon »*, *Dalloz*, 2006, p. 1532 ; P. SIRINELLI, *« propriété littéraire et artistique (novembre 2005 – août*



De plus, en soit, copier des éléments du domaine public n'est pas illicite¹¹⁵⁰.

La copie est protégeable, si elle laisse transparaître la personnalité de l'auteur, et n'est donc pas complètement identique à ce qui a inspiré sa création. La limite à la protection réside dans la copie servile. Cette copie peut être considérée comme un faux ou encore comme un plagiat d'une création préexistante.

220. Le plagiat. Le terme de plagiat est utilisé lorsque les œuvres relèvent d'un genre proche¹¹⁵¹. Mais la liberté de création n'est alors pas restreinte, tant qu'il n'est pas considéré comme une contrefaçon. Cette notion pose problème, car tout plagiat n'est pas illicite¹¹⁵². Il était à l'origine présenté comme une forme de copie licite : Pour RENOUARD, « *le plagiat, tout répréhensible qu'il est, ne tombe pas sous la répression de la loi ; il ne motive légalement une action judiciaire que lorsqu'il devient assez grave pour changer de nom et encourir celui de contrefaçon* »¹¹⁵³. Dans ce sens, E. PIERRAT affirme que « *le terme de « plagiat » stricto sensu devrait être réservé à l'exploitation suffisamment habile d'une œuvre pour ne pas être juridiquement répréhensible* »¹¹⁵⁴. La difficulté de distinction entre le plagiat et la contrefaçon est ancienne. RENOUARD écrivait à ce propos que « *entre le plagiat qui ne va pas jusqu'à la contrefaçon et le plagiat assez grave pour être réputé contrefaçon, la ligne de démarcation est difficile à tracer* »¹¹⁵⁵. Il s'agit donc d'un « *concept éthique* »¹¹⁵⁶.

221. La liberté de création est limitée lorsque la création nouvelle est trop proche d'une création préexistante. Pour les droits de propriété intellectuelle, il n'y aura pas création, mais contrefaçon (§ 1). En l'absence de contrefaçon, elle peut être également limitée davantage par le biais de la concurrence déloyale ou du parasitisme (§ 2).

2006) », *Dalloz*, 2006, panorama p. 2999 (plus particulièrement I *in fine*) ; X. DAVERAT, « un an de droit de la musique », *comm. comm. électr.*, avril 2007, chronique n°4, spéc. § 17

¹¹⁵⁰ Voir première partie

¹¹⁵¹ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2013, n°1001

¹¹⁵² F. J. CABRERA BLAZQUEZ, « Le plagiat : péché original ? », *Légipresse* n°216, novembre 2004, II, chronique p. 124

¹¹⁵³ A.-Ch. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Paris, 1839, t. II, p. 22

¹¹⁵⁴ E. PIERRAT, *Le droit d'auteur et l'édition*, éd. du cercle de la librairie, 2005, p. 377

¹¹⁵⁵ A.-Ch. RENOUARD, *op. cit.* p. 22

¹¹⁵⁶ F. J. CABRERA BLAZQUEZ, *op. cit.* p. 124



§ 1 : La contrefaçon

222. La contrefaçon est une « atteinte portée à un droit de propriété intellectuelle »¹¹⁵⁷. Elle peut être le résultat de plusieurs actes, qui n'ont pas tous un lien avec la liberté de création. Elle fait l'objet d'une lutte ancienne et était déjà perçue comme « *un vol, un attentat à la propriété la plus sacrée, une infamie, un sacrilège* »¹¹⁵⁸. La contrefaçon existe en droit d'auteur¹¹⁵⁹ (A), en droit des dessins et modèles¹¹⁶⁰ (B), en propriété industrielle (C) pour les atteintes au droit des brevets¹¹⁶¹, des marques¹¹⁶², des produits semi-conducteurs¹¹⁶³ et des obtentions végétales¹¹⁶⁴.

¹¹⁵⁷ C. BERNAULT, J.-P. CLAVIER, *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, ellipses, 2008 ; ou encore pour P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2012, 8^e éd., n° 747 : la contrefaçon est le fait « d'utiliser publiquement, de quelque façon que ce soit, sans avoir requis son consentement préalable, l'œuvre d'autre, faisant l'objet d'une protection accordée par la loi ».

¹¹⁵⁸ N.-E. RETIF de la BRETONNE, Contre les contrefacteurs, in *Le combat du droit d'auteur : Les impressions nouvelles* 2001, p. 63 dans Ch. CARON, « La loi du 29 octobre 2007 dite « de lutte contre la contrefaçon » », *comm. comm. électr.*, n°12, décembre 2007, étude 30

¹¹⁵⁹ Article L. 122-4 CPI : « Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque ». les sanctions (articles L. 335-2 CPI et suiv.. Art. L. 335-3 CPI : « Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. Est également un délit de contrefaçon la violation de l'un des droits de l'auteur d'un logiciel définis à l'article L. 122-6.

Est également un délit de contrefaçon toute captation totale ou partielle d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle en salle de spectacle cinématographique ».

¹¹⁶⁰ Article L. 521-1 CPI : « Toute atteinte portée aux droits du propriétaire d'un dessin ou modèle, tels qu'ils sont définis aux articles L. 513-4 à L. 513-8, constitue une contrefaçon engageant la responsabilité civile de son auteur.

Les faits postérieurs au dépôt, mais antérieurs à la publication de l'enregistrement du dessin ou modèle, ne peuvent être considérés comme ayant porté atteinte aux droits qui y sont attachés.

Toutefois, lorsqu'une copie de la demande d'enregistrement a été notifiée à une personne, la responsabilité de celle-ci peut être recherchée pour des faits postérieurs à cette notification même s'ils sont antérieurs à la publication de l'enregistrement ».

¹¹⁶¹ Article L. 615-1 CPI : « Toute atteinte portée aux droits du propriétaire du brevet, tels qu'ils sont définis aux articles L. 613-3 à L. 613-6, constitue une contrefaçon.

La contrefaçon engage la responsabilité civile de son auteur.

Toutefois, l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation, la détention en vue de l'utilisation ou la mise dans le commerce d'un produit « contrefaisant », lorsque ces faits sont commis par une autre personne que le fabricant du produit « contrefaisant », n'engagent la responsabilité de leur auteur que si les faits ont été commis en connaissance de cause ».

¹¹⁶² Article L. 717-1 CPI : « Constitue une contrefaçon engageant la responsabilité civile de son auteur la violation des interdictions prévues aux articles 9, 10, 11, et 13 du règlement (CE) 40/94 du Conseil du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire ».

¹¹⁶³ Article L. 622-5 CPI « Il est interdit à tout tiers :

— de reproduire la topographie protégée ;

— d'exploiter commercialement ou importer à cette fin une telle reproduction ou tout produit semi-conducteur l'incorporant.

Cette interdiction ne s'étend pas :

— à la reproduction à des fins d'évaluation, d'analyse ou d'enseignement ;

— à la création, à partir d'une telle analyse ou évaluation, d'une topographie distincte pouvant prétendre à la protection du présent chapitre.



La contrefaçon de droit d'auteur (A) et la contrefaçon de droits de propriété industrielle (B) doivent être distinguées.

A) La contrefaçon en droit d'auteur, limite à la liberté de création

223. Il s'agit tout d'abord de déterminer en quoi consiste la contrefaçon, de quelle manière elle limite la liberté de création (1). On peut d'ailleurs se demander si ce n'est pas l'absence de création qui fait qu'il n'y a pas de liberté. Ensuite, on peut constater que dans certains cas, une œuvre, très proche d'une œuvre préexistante et qui est susceptible de constituer une contrefaçon, peut être licite (2). Ces exceptions à la contrefaçon ne sont pas toujours acceptées.

1. Ce qui constitue la contrefaçon

224. La reproduction. Il résulte de l'article L. 335-3 CPI pour le droit d'auteur que « toute reproduction d'une œuvre de l'esprit sans autorisation est une contrefaçon »¹¹⁶⁵. En revanche, une œuvre peut être très proche d'une autre œuvre préexistante. Il s'agit de déterminer l'étendue de la liberté de création de l'auteur de l'œuvre seconde par rapport à celle qui existe, qu'elle soit protégée ou non.

225. La reproduction du concept global d'une œuvre musicale. La contrefaçon ne résulte pas forcément de la reproduction d'une œuvre à l'identique. C'est l'impression d'ensemble qui compte¹¹⁶⁶. Cependant, il semble que cela limite excessivement la liberté de création. Par exemple, dans un jugement du 25 juin 1996, rendu par le tribunal de commerce de Nanterre, alors que la contrefaçon devrait résulter de la copie d'une œuvre originale, les juges se sont ici contentés de relever, non pas l'originalité de la musique ou de la danse qui a

L'interdiction ci-dessus n'est pas opposable à l'acquéreur de bonne foi d'un produit semi-conducteur. Celui-ci est cependant redevable d'une juste indemnité s'il entend poursuivre l'exploitation commerciale du produit ainsi acquis.

Toute violation de l'interdiction prévue aux alinéas précédents constitue une contrefaçon engageant la responsabilité civile de son auteur ».

¹¹⁶⁴ Article L. 716-1 CPI : « L'atteinte portée au droit du propriétaire de la marque constitue une contrefaçon engageant la responsabilité civile de son auteur. Constitue une atteinte aux droits de la marque la violation des interdictions prévues aux articles L. 713-2, L. 713-3 et L. 713-4 ».

¹¹⁶⁵ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd. 2009, n°501

¹¹⁶⁶ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2012, 8^e éd., n°753, p. 768. Voir notamment cass. com. 26 mars 2008, JCP 2008 IV 1826 ; cass. com. 19 sept. 2006, com. J. DALEAU, « Appréciation du risque de confusion en matière de modèles », *Dalloz* 2006, p. 2462 ; CA Paris, 8 septembre 2004 leeloo : J. DALEAU, « contrefaçon d'un personnage dans un film publicitaire », *Dalloz* 2004 AJ p. 2574 ; Ch. CARON « Gare à la reprise non autorisée de personnages protégés ! » *com. com. électr.* n° 11, novembre 2004 com. n°136 ; A. LUCAS, « De la friture sur la ligne », in A. LUCAS, P. SIRINELLI, « Droit d'auteur et droits voisins », *propriétés intellectuelles* 2005, chronique p. 45, spéc. p. 71 ; V. VARET, « Parasitisme et contrefaçon d'un personnage de film dans une publicité », *Légipresse* mars 2005, n°219, III, p. 25 ; CA Paris 22 mai 1980, JCP 1981, II, 19505 obs. F. GREFFE ; en revanche : trib. Com. Nanterre, 7^e ch., 25 juin 1996, 7^e ch., RIDA janvier 1997, p. 402, note A. KEREVER



été écartée, mais la reproduction du « concept global », c'est-à-dire que l'impression que dégage l'œuvre contrefaisante est la même que celle de l'œuvre imitée¹¹⁶⁷. Ce qui justifie cette décision, c'est le fait que les créateurs de cette dernière ont eu accès à l'œuvre originale et qu'ils se sont manifestement fortement inspirés de celle-ci. « *L'essence caractéristique* » de l'œuvre à laquelle les juges font référence ne devrait pas être prise en compte.

226. L'appréciation de la contrefaçon dans le domaine musical. Ainsi, pour X. DAVERAT, « *les magistrats, qui ne sont pas musicologues, devraient prudemment recourir à l'expertise plutôt que s'en tenir à leurs propres impressions, ce qu'ils ne font pas toujours* »¹¹⁶⁸. En effet, le public ne discerne pas toujours les remplois qui existent dans le domaine de la variété¹¹⁶⁹. La cour de cassation a rendu un arrêt dans ce sens, le 11 juin 2009¹¹⁷⁰. Les juges ont estimé que l'œuvre n'était pas originale. En effet, les juges du fond avaient estimé que « *les seuls éléments reproduits, amplement répandus, étaient dépourvus de toute originalité, ayant été déjà utilisés "un nombre incalculable de fois" tant dans la musique classique, notamment dans les œuvres de Bach, Chopin ou Schubert, que dans les œuvres de variété, de sorte que de tels éléments ne pouvaient être invoqués pour fonder une action en contrefaçon* ». Ils ont ajouté que les « *similitudes d'interprétations étaient sans incidence sur le droit d'auteur* »¹¹⁷¹.

La contrefaçon ne se déduit pas de la similitude apparente, mais doit plutôt être recherchée dans « *la composition technique des deux œuvres qui peut seule permettre de dire s'il y a pour l'une originalité et pour l'autre imitation* »¹¹⁷². Ainsi, même si l'emprunt est masqué, celui qui reproduit une création sans autorisation peut être tenu pour contrefacteur. Cela a été le cas pour Janet Jackson qui avait repris la Gymnopédie n°1 d'Erik Satie dans une de ses chansons¹¹⁷³. L'emprunt était rendu difficile à identifier, la mélodie n'étant pas chantée mais accompagnant le refrain. De plus le rythme semblait plus rapide. Cependant, l'utilisation de ce morceau donnait une impression de « déjà vu »¹¹⁷⁴. Pour D. LEFRANC, il serait préférable

¹¹⁶⁷ trib. Com. Nanterre, 25 juin 1996, 7^e ch., *RIDA* janvier 1997, p. 402, note A. KEREVER

¹¹⁶⁸ X. DAVERAT, « Un an de droit de la musique », *com. com. électr.*, n°4, avril 2010, chron. n°4, n° 5

¹¹⁶⁹ *Ibid.*

¹¹⁷⁰ Cass. 1^{re} civ. 11 juin 2009, n°08-15.749, obs. A. LUCAS, *propriétés intellectuelles* 2009, n°33, p. 376

¹¹⁷¹ *Ibid.*

¹¹⁷² CA Aix-en-Provence, 3 juin 1957, *RIDA* 1957, n° XVI, p. 132

¹¹⁷³ CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 21 janvier 2011, n°07-12159, *EDPI*, avril 2011, n°4, p. 2, obs. C. BERNAULT ; D. LEFRANC, « Propriété littéraire et artistique », *JCP E*, n°34, chron. 1586, n° 9

¹¹⁷⁴ D. LEFRANC, « Propriété littéraire et artistique », *JCP E*, n°34, chron. 1586, n°9



d' « *avouer un cas de parasitisme artistique* », plutôt que de retenir la contrefaçon en raison de l'existence d'une antériorité¹¹⁷⁵.

En revanche, il ne s'agit pas d'une contrefaçon mais d'un simple « air de famille »¹¹⁷⁶. Lorsque « *l'harmonisation des deux œuvres et les rythmiques sont différentes, bien que le dessin mélodique soit identique, même si les notes ne sont pas communes* ». Les juges ont d'ailleurs affirmé, que, quelle que soit l'œuvre, l'appréciation de la contrefaçon devait résulter de « *la seule reprise des caractéristiques essentielles de l'œuvre qui sont au fondement de son originalité* », ce qui exclut d'estimer s'il existe ou non un risque de confusion¹¹⁷⁷.

227. L'appréciation de la contrefaçon : la bicyclette bleue. L'utilisation du même thème est possible et n'est pas considérée comme contrefaisante, lorsque les formes des œuvres sont différentes¹¹⁷⁸. La liberté de création demeure le principe. Cette frontière entre licite et illicite est difficile à tracer¹¹⁷⁹. La contrefaçon s'apprécie par les ressemblances entre les œuvres¹¹⁸⁰. Mais il est parfois plus facile pour les juges de comparer les œuvres, ce qui se traduit en pratique par la réalisation de tableaux¹¹⁸¹. Les juges recherchent alors les ressemblances mais également les différences¹¹⁸². L'appréciation des différences peut conduire les juges à renverser la première impression¹¹⁸³. L'affaire la plus connue à ce sujet est celle qui a opposé les détenteurs des droits d' « Autant en emporte le vent » et l'auteur de « La bicyclette bleue ». Les juges du fond ont procédé à une comparaison des œuvres. En

¹¹⁷⁵ *Ibid.*

¹¹⁷⁶ TGI Paris, 3^e ch., 4^e section, 27 janvier 2011, SAS Universal Music Publishing c/ SA Cofidis, *Légipresse*, n°281, mars 2011, p.141

¹¹⁷⁷ CA Paris, pôle 05, ch., 02, 7 janvier 2011, n° 09/16251 ; comm. L. COSTES, « Contrefaçon d'un modèle de table créé par Yves Klein », *RLDI*, n°68, février 2011, actualités p. 25-26

¹¹⁷⁸ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd. 2009, n°502

¹¹⁷⁹ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd. 2009, n°502 ; voir par exemple CA Paris, 21 novembre 1990, comm. par P.-Y. GAUTIER, *Dalloz* 1991, jurisprudence, p. 85 ; cassé par cass. 1^{re} civ., 4 février 1992, comm. P.-Y. GAUTIER, *Dalloz* 1992, p. 182 ; X. DAVERAT, com. sous arrêt, « Le remake impossible », *JCP* 1992, II, 21930

¹¹⁸⁰ Les juges, ou un expert nommé par eux, comparent alors les « *éléments caractéristiques essentiels* » des œuvres, en recherchant les ressemblances, ainsi que l'originalité de la première œuvre : P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2012, 8^e éd., n° 750, p. 64 ; ce n'est qu'après que les juges apprécieront les différences (même auteur, n°753). Il cite notamment : à propos d'une chanson : CA Paris, 4^e ch., 19 novembre 1985, *RIDA* juillet 1986, p.155 ; CA Lyon 28 novembre 1991, com. *Gazette du Palais* 1992.1. 275 ; cass. 1^{re} civ. 25 mai 1992 ; CA Paris, 4^e ch. B, 30 juin 2000, (Sophie la girafe) A. C., « Conditions de la protection d'un modèle de jouet en forme d'animal », *JCP G* 2000 II 10441 ; CA Paris, 4 juin 1992, « Caractère protégeable d'une carte géographique : contrefaçon de cette carte par une méthode reposant sur une imitation et concurrence déloyale de démarcheurs d'annonces créant une confusion sur l'identité de l'éditeur pour lequel ils se présentent », *Dalloz* 1994 som. 90 ; CA Paris 27 mars 1998, com. B. EDELMAN, « La protection des jeux télévisés », *Dalloz* 1999, jurispr. 417

¹¹⁸¹ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd. 2009, n°502

¹¹⁸² F. J. CABRERA BLAZQUEZ, « Le plagiat : péché original ? », *Légipresse* n°216, novembre 2004, II, chronique p. 127

¹¹⁸³ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2012, 8^e éd., n° 754, p. 769



première instance¹¹⁸⁴, les juges ont considéré que les ressemblances étaient trop importantes et qu'il s'agissait effectivement d'une contrefaçon. Pour ce faire, les juges ont comparé des extraits des deux livres, notamment des dialogues, qui a mis en évidence qu'il s'agissait là d'un « *recopiage en règle* »¹¹⁸⁵. En appel¹¹⁸⁶, les juges ont considéré que s'il y avait des ressemblances évidentes entre les deux œuvres, les différences étaient substantielles, il n'y avait donc pas contrefaçon. La cour a de plus affirmé que l'histoire était banale. En l'occurrence, le cadre historique était différent, impliquant de fait des différences substantielles dans les comportements, la vie des personnages. La cour de cassation affirme que ce sont les ressemblances qui doivent être recherchées, constituant des reproductions ou des adaptations du premier roman¹¹⁸⁷. Il y a contrefaçon si « *par leur composition ou leur expression, les scènes et dialogues de ces romans comportent des ressemblances telles que ceux du second constituent des reproductions ou adaptations de ceux du premier* »¹¹⁸⁸. Or en l'espèce, les juges en appel n'ont pas recherché ces ressemblances. La cour de cassation a donc cassé l'arrêt d'appel et a renvoyé l'affaire devant la cour d'appel de Versailles¹¹⁸⁹. Les juges ont alors rejeté la contrefaçon.

Cette appréciation en fonction des ressemblances, comme le préconise ici la cour de cassation¹¹⁹⁰ semble permettre d'éviter aux copieurs d'échapper à la contrefaçon par l'ajout de différences. L'équilibre entre protection de la création et la création future est alors préservé. La cour de cassation a d'ailleurs souligné qu'il s'agissait du critère de la contrefaçon, en affirmant que « *quelles que fussent par ailleurs les différences qui séparaient les deux œuvres* »¹¹⁹¹, l'appréciation se faisait en fonction des ressemblances.

¹¹⁸⁴ TGI Paris, 3^e ch., 6 décembre 1989

¹¹⁸⁵ Terme utilisé par P.-Y. GAUTIER, « Les critères qualitatifs pour la protection littéraire et artistique en droit français », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46 n° 2 avril-juin 1994, p. 557 et suiv., spéc. p. 508, disponible en ligne : http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1994_num_46_2_4886

¹¹⁸⁶ CA Paris, 1^{re} ch., A, 21 novembre 1990, note P.-Y. GAUTIER, « La bicyclette bleue n'est pas une contrefaçon d'Autant en emporte le vent », *Dalloz*, 1991, p. 85

¹¹⁸⁷ Civ. 1^{re}, 4 février 1992, note P.-Y. GAUTIER, « Les juges du fond doivent procéder à des vérifications personnelles afin d'établir s'il existe une contrefaçon par un auteur français d'un célèbre roman américain », *Dalloz* 1992, p. 182 ; X. DAVERAT, « Propriété littéraire et artistique. Le *remake* impossible », *JCP* 1992, II, 21930

¹¹⁸⁸ CA Versailles, ch. civ. réun. 15 décembre 1993, note P.-Y. GAUTIER, « « La bicyclette bleue », roman écrit par Régine Deforges, n'est pas une contrefaçon du roman « Autant en emporte le vent » », *Dalloz*, 1994, p. 132

¹¹⁸⁹ *Ibid.*

¹¹⁹⁰ La cour de cassation affirme que « *ces seules considérations ne dispensaient pas la cour d'appel de rechercher... si... les scènes et les dialogues... ne comportent pas des ressemblances* ».

¹¹⁹¹ Cass. 1^{re} civ., 25 mai 1992, note X. DAVERAT, « Lorsque le thème d'un film n'est pas protégeable en soi, les juges du fond doivent rechercher si la reproduction ou l'adaptation d'un élément caractéristique original de ce film est de nature à constituer une contrefaçon », *Dalloz*, 1993, p. 184

228. L'appréciation de la contrefaçon fonction du genre de l'œuvre, favorable à la liberté de création ? Pour Ch. CARON, il est important de prendre en compte le genre de l'œuvre¹¹⁹² dans l'appréciation de la contrefaçon. Ainsi, P.-Y. GAUTIER distingue l'appréciation de la contrefaçon suivant le genre de l'œuvre. En matière littéraire, dramatique et audiovisuelle, il y a contrefaçon lorsqu'il existe « *des similitudes répétées et incontestables dans la composition des deux œuvres, un développement ou agencement des idées identiques, l'emprunt de l'expression particulière et originale donnée à la première œuvre* »¹¹⁹³.

Dans le domaine scientifique, les juges vérifient si l'agencement des connaissances est repris¹¹⁹⁴. Lorsqu'il s'agit d'un ouvrage historique, seule la présentation est susceptible d'être contrefaite¹¹⁹⁵.

La musique est également à part, et souvent un expert est commis¹¹⁹⁶. Les similitudes sont prises en compte, en particulier dans la mélodie. A partir de celles-ci, le juge en déduit la mauvaise foi du second auteur. Il n'y aura cependant pas de contrefaçon si la première œuvre n'est pas originale, ou si les deux auteurs ont puisé dans des antériorités¹¹⁹⁷. Une autre solution consiste à prouver l'existence de réminiscence ou de rencontre fortuite¹¹⁹⁸.

Dans un autre genre, le secteur artistique et plastique¹¹⁹⁹, la ressemblance totale n'est pas exigée, l'impression visuelle d'ensemble¹²⁰⁰ peut suffire à constituer la contrefaçon. Peuvent également être considérées comme contrefaisantes des œuvres pour lesquelles « *le simple*

¹¹⁹² Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd. 2009, n°502 ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2012, 8^e éd., n° 750, p. 765

¹¹⁹³ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2012, 8^e éd., n°750, p. 765. CA Versailles, 13 mai 1980, « Bouvard », *RIDA* n° 105, juillet 1980, p. 171

¹¹⁹⁴ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2012, 8^e éd., n° 752, p. 767

¹¹⁹⁵ *Ibid.*

¹¹⁹⁶ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 80, p. 95

¹¹⁹⁷ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2012, 8^e éd., n°81, p. 96

¹¹⁹⁸ Voir *infra* n° 237 et suiv.

¹¹⁹⁹ Genre décrit comme tel par P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2012, 8^e éd., n° 753, p. 768

¹²⁰⁰ Voir par exemple la reprise du personnage du « cinquième élément », leeloo, dans une campagne publicitaire par SFR. Malgré les différences, cela ne modifiait pas « *l'impression visuelle d'ensemble* », SFR a donc contrefait le personnage en question : CA Paris, 4^e ch. A, 8 septembre 2004, comm., J. DALEAU, « Contrefaçon d'un personnage dans un film publicitaire », *Dalloz* 2004, p. 2574 ; Ch. CARON, « Gare à la reprise non autorisée de personnages protégés ! », *comm. électr.*, n°11, novembre 2004, comm. 136 ; P. SIRINELLI, « 2. Démonstration. Appréciation des ressemblances. De la friture sur la ligne », *propriétés intellectuelles*, 2005, p. 70 ; V. VARET, « Parasitisme et contrefaçon d'un personnage de film dans une publicité », *Légipresse*, 2005, n°219, III, p. 25



rapprochement visuel, la ressemblance s'impose, le même type d'impact et d'effet psychologique »¹²⁰¹.

En revanche, lorsque certains éléments sont repris, mais sont des caractéristiques communes à plusieurs œuvres d'un même artiste, il ne s'agit pas d'une contrefaçon. L'artiste ne peut pas non plus fonder sa demande sur le parasitisme, le tribunal estimant que la société éditant des tirages photographiques dans le même genre que ceux de l'artiste, indiquait que son produit était un « hommage » à l'artiste en question. Il ne pouvait donc y avoir d'amalgame¹²⁰².

Si deux œuvres peuvent se ressembler, ce n'est pas pour autant qu'il y a contrefaçon. Ainsi, lorsque « *ni le sujet, ni la structure générale de l'œuvre* »¹²⁰³ ne sont perceptibles dans la seconde œuvre, il n'y a pas contrefaçon.

229. La copie quasi-servile. La copie quasi servile peut également constituer une contrefaçon. Ainsi, à propos de sites dans le même secteur, celui du « charme sur internet », les juges ont estimé que les caractéristiques du premier site ayant été reprises dans le second sont originales. Ces ressemblances s'apprécient « *en fonction de ce qu'en pense un consommateur d'attention moyenne* »¹²⁰⁴. Il y a contrefaçon, dans la mesure où le contenu du second site constitue une copie quasi servile du contenu du premier site¹²⁰⁵. Il semblerait pourtant que « *l'impression d'ensemble produite sur le consommateur* », issue du droit des dessins et modèles, n'est pas une notion du droit d'auteur¹²⁰⁶.

¹²⁰¹ CA Paris, 4^e ch. A, 8 septembre 2004, comm., J. DALEAU, « Contrefaçon d'un personnage dans un film publicitaire », *Dalloz* 2004, p. 2574 ; Ch. CARON, « Gare à la reprise non autorisée de personnages protégés ! », *comm. comm. électr.*, n°11, novembre 2004, comm. 136 ; P. SIRINELLI, « 2. Démonstration. Appréciation des ressemblances. De la friture sur la ligne », *prop. intell.* 2005, p. 70 ; V. VARET, « Parasitisme et contrefaçon d'un personnage de film dans une publicité », *Légipresse*, 2005, n°219, III, p. 25

¹²⁰² TGI Paris, 3^e ch., 3^e section, 7 mai 2010, com. 283-12, « Revendication d'une « démarche picturale » non protégeable », *Légipresse*, n°283, mai 2011, p.273

¹²⁰³ F. J. CABRERA BLAZQUEZ, « Le plagiat : péché original ? », *Légipresse* n°216, novembre 2004, II, chronique p. 127

¹²⁰⁴ M. TREZEGUET, note sous T. com. 15^e ch., 30 octobre 2009, Dreamnex c/ In'Exes, « Copie d'un site : contrefaçon, parasitisme et concurrence déloyale », *RLDI*, 2010, n°57

¹²⁰⁵ En l'espèce, il faut préciser que les juges, bien qu'ils estiment qu'il s'agit d'une œuvre de création, font référence à l'absence de « *antériorité de ce modèle* » de site, ainsi qu'aux « *efforts financiers réalisés pour la création de ce site* ».

¹²⁰⁶ CA Paris, pôle 5, ch. 2, 8 octobre 2010. Dans le même sens, P. DE CONDE cite CA Paris, pôle 5, ch. 2., 20 mai 2011, *PIBD* 2011, n°944 III, p. 508 : « *Considérant que pour apprécier la contrefaçon d'une œuvre protégée par le droit d'auteur il convient d'examiner si les caractéristiques essentielles de cette œuvre sont reprises dans l'œuvre arguée de contrefaçon, et non pas si l'impression visuelle d'ensemble est identique* » : P. DE CANDE, chronique, *propriétés intellectuelles*, octobre 2011, n°4, p. 431. Dans le sens contraire, l'auteur cite CA Paris, pôle 5, ch. 1, 29 juin 2011

230. Le recours au parasitisme lorsqu'il n'y a pas contrefaçon. A défaut de contrefaçon, lorsqu'il y a des ressemblances importantes, une source d'inspiration évidente, les juges peuvent recourir à la notion de parasitisme. Le danger consiste en une restriction de la liberté de création excessive. On peut se demander si le parasitisme permet de combler les lacunes de la propriété intellectuelle, ou si la liberté ne devrait pas rester la règle. Autrement dit, si les emprunts à l'œuvre préexistante ne sont pas suffisamment importants pour constituer une contrefaçon, pourquoi restreindre la liberté de création de futurs créateurs ?

231. La sanction. La contrefaçon est réprimée pénalement. Il existe une présomption de mauvaise foi, dans la mesure où il paraît difficile d'apporter la preuve psychologique¹²⁰⁷. La présomption n'est cependant pas irréfragable, le prévenu peut prouver sa bonne foi, en montrant qu'il s'agit d'une rencontre fortuite, d'une erreur¹²⁰⁸.

Dans certains cas la similitude entre deux œuvres relèverait d'une rencontre fortuite ou de réminiscences résultant d'une source d'inspiration commune, ce qui permettrait à l'auteur de l'œuvre arguée de contrefaçon d'échapper à une telle sanction (2).

2. La préservation de la liberté de création par le recours aux notions de rencontre fortuite et de réminiscences résultant notamment d'une source d'inspiration commune

232. Dans le domaine musical. Dans le domaine musical, la rencontre fortuite a été invoquée pour expliquer la reprise d'une mélodie.

Il s'agit des deux obstacles à l'action en contrefaçon. La rencontre fortuite « *est le fruit du hasard* »¹²⁰⁹. La réminiscence « *trace une parenté avec l'œuvre précédente, mais sans mauvaise foi* »¹²¹⁰. Les notions de rencontres fortuites et de réminiscences sont invoquées conjointement¹²¹¹. Une appréciation globale des œuvres semble donc favorable à la liberté de création.

Pour admettre cette exception, les juges se fondent sur des faits objectifs. Ainsi, lorsque l'exception a été admise, les juges ont souligné les différences entre les œuvres, trop

¹²⁰⁷ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2012, 8^e éd., n° 760, p. 775

¹²⁰⁸ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 761, p. 776

¹²⁰⁹ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 81, p. 97

¹²¹⁰ *Ibid.*

¹²¹¹ Cette assimilation est critiquée par certains : voir E. MARTIN-HOCQUENGHEM et J.-C. ZYLBERSTEIN, « Propos critiques sur l'exception de rencontre fortuite », *comm. comm. électr.*, n°4, avril 2006, étude 9, n° 11



importantes, pour que les ressemblances entre les deux œuvres soient autre chose qu'une rencontre fortuite¹²¹².

Les réminiscences, associées à la rencontre fortuite, font référence à la source d'inspiration commune¹²¹³, en particulier le folklore.

233. Exception à la non prise en compte de la bonne foi dans l'appréciation de la contrefaçon au civil. On peut se demander si, en l'absence de plagiat, le fait de créer une œuvre semblable à une autre existante, est condamnable ou non. Existe-t-il une exception de « rencontre fortuite »¹²¹⁴ ? C'est une question ancienne¹²¹⁵, à laquelle les juges ont répondu différemment au fur y à mesure des époques¹²¹⁶. Il n'y aurait pas contrefaçon lorsque la preuve de la bonne foi¹²¹⁷ serait apportée par le prévenu en matière pénale¹²¹⁸. En effet, il doit y avoir un élément moral et un matériel. Or, dans ce cas l'élément moral fait défaut. En revanche, au civil, cette exception ne pourrait pas jouer. Cette solution est critiquée par la doctrine¹²¹⁹. A ce propos, P.-Y. GAUTIER affirme que la bonne foi du prévenu ne doit pas

¹²¹² Voir par exemple, CA Paris, 4^e ch., A, 10 janvier 1990, *Dalloz*, 1990, somm. p. 41 ; E. MARTIN-HOCQUENGHEM et J.-C. ZYLBERSTEIN, *op. cit.*, n° 10 : l'existence d'une rencontre fortuite serait déduite « du peu d'importance des ressemblances ».

¹²¹³ E. MARTIN-HOCQUENGHEM et J.-C. ZYLBERSTEIN, *op. cit.*, n° 11

¹²¹⁴ Cass., 1^{re} civ., 16 mai 2006, n° 05-11-780, J. DALEAU, « Djobi Djoba » n'était qu'une contrefaçon, *Dalloz*, 2006, p. 1532 ; P. SIRINELLI, « propriété littéraire et artistique (novembre 2005 – août 2006) », *Dalloz*, 2006, panorama p. 2999 (plus particulièrement I *in fine*) ; Ch. CARON, « Clémence pour le contrefacteur malgré lui ! », *comm. comm. électr.*, n°7, juillet 2006, comm. 104 ; P. HENAFF, « Carambolage parmi les critères de la contrefaçon », *comm. comm. électr.*, n°3, mars 2007, étude 6 ; E. MARTIN-HOCQUENGHEM et J.-C. ZYLBERSTEIN, « Propos critiques sur l'exception de rencontre fortuite », *comm. comm. électr.*, n°4, avril 2006, étude 9 ; X. DAVERAT, « un an de droit de la musique », *comm. comm. électr.*, avril 2007, chronique n°4, spéc. § 17

¹²¹⁵ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2012, 8^e éd., n°81, p. 97 : voir, par exemple, cass. crim. 7 décembre 1900, *DP* 1901, 1, 339 : Les juges se sont référés à l'analyse des juges du fond, selon lesquels si certains emprunts avaient été effectués, l'œuvre imitée était « devenue méconnaissable » et les « similitudes rythmiques » avaient un caractère « exceptionnel ». Ils ont estimé qu'il y avait une « influence possible de réminiscences involontaires ».

¹²¹⁶ Voir par exemple : CA Paris, 4^e ch., 30 novembre 1979, *RIDA* janvier 1981, p. 150 : le plagiat d'une chanson n'a été reconnu que pour les troisième et quatrième mesures. Se référant à l'expert, les juges ont estimé que les deux premières mesures ne constituaient pas un plagiat : « la cellule mélodique employée par Jean Ferrat pour les deux premières mesures de son refrain appartient à un fonds commun que l'on retrouve dans différentes formes de musique et à différentes époques, notamment au dix-huitième siècle dans une Fantaisie pour clavecin de Telemann et dans La flûte enchantée de Mozart ; qu'il s'ensuit que ces deux premières mesures sont dépourvues de l'originalité requise pour bénéficier de la protection de la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique ».

¹²¹⁷ Comprise comme étant « la conviction ou la volonté de se conformer au droit, qui permet à l'intéressé d'échapper aux rigueurs de la loi » : définition de vocabulaire juridique CORNU citée par P.-Y. GAUTIER, « L'indifférence de la bonne foi dans le procès civil pour contrefaçon », *propriétés intellectuelles*, avril 2002, n°3, p. 28, n°1

¹²¹⁸ E. MARTIN-HOCQUENGHEM et J.-C. ZYLBERSTEIN, « Propos critiques sur l'exception de rencontre fortuite », *comm. comm. électr.*, n°4, avril 2006, étude 9, n° 2

¹²¹⁹ E. MARTIN-HOCQUENGHEM et J.-C. ZYLBERSTEIN, *op. cit.*, n° 2 ; P.-Y. GAUTIER, « L'indifférence de la bonne foi dans le procès civil pour contrefaçon », *propriétés intellectuelles*, n° 3, avril 2002, p. 28

être indifférente devant le juge civil¹²²⁰. Il estime en effet que « *la saisine du juge civil n'est ici que l'exercice de l'action du même nom, en application de l'option de la victime, les règles de fond du droit pénal doivent s'appliquer* »¹²²¹.

H. DESBOIS va encore plus loin : pour lui, il n'y a pas d'élément matériel en cas de fortuité car il s'agirait toujours d'une œuvre originale¹²²².

234. Exemple. Cette théorie permet de faire obstacle à la condamnation pour contrefaçon également en matière civile, lorsqu'il s'agit de rencontre fortuite. Cette théorie de rencontres fortuites a été utilisée par la première chambre civile de la cour de cassation en 2000¹²²³. En l'espèce, un compositeur reprochait à un autre créateur d'avoir fait une reprise de l'une de ses chansons. La cour a estimé que les « *ressemblances ... provenaient de rencontres fortuites ou de réminiscences résultant notamment de leur source d'inspiration commune* ». Elle a écarté de ce fait la contrefaçon. La solution semble logique. S'il est évident que la contrefaçon ne peut être écartée systématiquement lorsque sont invoquées des rencontres fortuites, il semble que dans certaines hypothèses, les ressemblances ne soient pas le résultat de la copie d'une autre œuvre. Certains auteurs sont opposés à cette solution au civil¹²²⁴. En effet, pour eux, cette solution est fondée sur une approche subjectiviste de l'originalité, elle n'est donc pas « *rationnelle* »¹²²⁵. Elle est en tout cas contraire à l'affirmation selon laquelle « *la contrefaçon est caractérisée indépendamment de toute faute ou mauvaise foi* »¹²²⁶. Elle

¹²²⁰ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2012, 8^e éd., n°763, p. 777-778

¹²²¹ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.* n°763, p. 777-778 : l'auteur fait référence à l'article 121-3 al. 1 du code pénal qui dispose qu'« il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre ».

Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui ».

¹²²² E. MARTIN-HOCQUENGHEM et J.-C. ZYLBERSTEIN, « Propos critiques sur l'exception de rencontre fortuite », *comm. comm. électr.*, n°4, avril 2006, étude 9, n° 2

¹²²³ Cass. 1^{re} civ., 12 décembre 2000, *RIDA*, avril 2001, p. 347

¹²²⁴ E. MARTIN-HOCQUENGHEM et J.-C. ZYLBERSTEIN, « Propos critiques sur l'exception de rencontre fortuite », *comm. comm. électr.*, n°4, avril 2006, étude 9, n° 2

¹²²⁵ E. MARTIN-HOCQUENGHEM et J.-C. ZYLBERSTEIN, *op. cit.*, n° 7

¹²²⁶ Voir par exemple, cité par Ch. CARON, cass. 1^{re} civ. 29 mai 2001, jurisdata n° 2001-009833, *JCP G* 2001, IV, 2338 ; JurisData n° 2001-010418, note Ch. CARON, « La mauvaise-foi du contrefacteur négligée », *comm. comm. électr.* juin 2002, comm. 81, p. 24. Voir également P.-Y. GAUTIER, « L'indifférence de la bonne foi dans le procès civil pour contrefaçon », *propriétés intellectuelles*, 2002, n°3 p. 28 ; Voir à ce propos notamment : cass. 1^{re} civ., 3 décembre 2002, bull. 2002, I, n° 292, p. 227 ; cass. 1^{re} civ., 16 février 1999, bull. 1999, n°56, p. 37 ; cass. 1^{re} civ., 6 juin 1996, bull. 1990, I, n°144, p. 103, cette solution s'applique également lorsque les contrefacteurs sont diffuseurs, vendeurs, distributeurs... : cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2008, n°06-19021, bull. 2008 I, n°258, comm. par : Ch. CARON, « L'art conceptuel au paradis de la Cour suprême », *comm. comm. électr.*, n°1, janvier 2009, comm. 1 ; E. TREPPOZ, « « La nouvelle Eve » au « Paradis » du droit d'auteur, suite et fin ! », *Dalloz*, 2009, p. 266 ; G. LOISEAU, « Protection par le droit d'auteur d'une œuvre conceptuelle », *JCP G*, n°50, 10 décembre 2008, II, 10204 ; B. EDELMAN, « Un arrêt énigmatique », *Dalloz* 2009, p. 263 ; M. CAUVIN, « Les concepts du droit d'auteur dans l'enfer de l'art conceptuel... - (à propos de l'arrêt Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2008) », *comm. comm. électr.*, n°9, septembre 2009, étude n°20, n°1 ; D. GALAN, « L'accueil de l'œuvre « Paradis » dans le cénacle du droit d'auteur ou l'enfer de « La nouvelle Ève » », *RLDI*, 2009, n°45,



semble cependant justifiée du point de vue de certains auteurs¹²²⁷. Elle est de plus favorable à la liberté des auteurs, dans la mesure où ils ne risquent pas une condamnation alors même qu'ils ignoraient l'existence d'une autre œuvre.

Cette exception est admise lorsque l'auteur de la seconde œuvre a pu avoir connaissance de l'œuvre première¹²²⁸. Il faut ajouter que selon P.-Y. GAUTIER, le fait que l'œuvre soit encore inédite n'est pas un obstacle à la reconnaissance de la contrefaçon, si le second auteur en avait connaissance¹²²⁹.

La contrefaçon en droit des dessins et modèles n'est pas appréciée de la même manière qu'en droit d'auteur. Si la contrefaçon s'apprécie également en fonction des ressemblances, l'impression sur l'observateur averti est prise en compte (B).

B) La contrefaçon de dessins et modèles

235. L'appréciation de la contrefaçon. La contrefaçon par reproduction peut être une reproduction à l'identique, une copie servile ou une copie quasi servile¹²³⁰. L'appréciation de la contrefaçon par les ressemblances et non les différences s'applique également aux dessins et modèles. Ainsi, ce principe a été rappelé par la Cour d'appel de Poitiers dans un arrêt du 21 octobre 1987¹²³¹. Ces ressemblances sont sanctionnées, lorsqu'elles ne sont pas « *imposées par des considérations fonctionnelles, ou ne relèvent pas de la reprise d'un genre, un style ou d'une mode* »¹²³². Le degré de liberté du créateur sera donc pris en compte.

La reprise d'une œuvre préexistante sur un nouveau support peut également constituer une contrefaçon. La liberté de création ne permet pas de réutiliser des œuvres protégées. Cette

actualités ; *Légipresse*, n°258, janvier-février 2009, I, p. 15 ; cass. 1^{re} civ., 29 mai 2001, bull. 2001, n°154, p. 100 ; cass. 1^{re} civ., 15 octobre 1996, bull. 1996, n°355, p. 249 ; cass. 1^{re} civ., 26 juin 2001, n° 99-15587

¹²²⁷ Ch. CARON, note sur CA Paris, 4^e ch., section A, 24 septembre 2003, « Droit de la propriété intellectuelle », *JCP G*, n° 8, 18 février 2004, I, 113, n°3, excluant les autres acteurs de cette tolérance.

¹²²⁸ Sur la recherche de la rencontre fortuite : CA Paris, 4^e ch., 19 novembre 1985, *RIDA*, juillet 1986, p.155 ; plus récemment Ch. CARON, note sur CA Paris, 4^e ch., section A, 24 septembre 2003, « Droit de la propriété intellectuelle », *JCP G*, n° 8, 18 février 2004, I, 113, n°3, les juges ont affirmé que « *l'appelant ne justifie pas des conditions dans lesquelles l'intimée aurait été à même de prendre connaissance du scénario* ».

¹²²⁹ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2012, 8^e éd., n°747, p. 762

¹²³⁰ J. AZEMA, J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, Précis, 7^e éd., 2012, n°1306

¹²³¹ CA Poitiers, ch. Civ., 2^e section, comm. Y. MONELLI, « 30. Défense des droits : de l'action en contrefaçon », in M. VIVANT (dir.) *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, p. 389

¹²³² J. AZEMA, J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, Précis, 7^e éd., 2012, n°1306



solution est ancienne, comme en atteste le jugement du tribunal correctionnel de la Seine, du 11 février 1836¹²³³.

Etaient également considérées comme des contrefaçons, la reproduction partielle et la reproduction avec adjonction¹²³⁴.

236. La même impression d'ensemble visuelle. Il n'est pas nécessaire que la copie soit l'exacte reproduction de la création antérieure, l'impression visuelle d'ensemble doit être différente pour l'observateur averti¹²³⁵. Ainsi, il est possible de reproduire librement un meuble appartenant au domaine public, la Tour Eiffel en l'espèce, quelles que soient les dimensions de la reproduction. En revanche, le modèle donnant une « *même impression d'ensemble visuelle* »¹²³⁶ que le modèle protégé inspiré de la Tour Eiffel doit être considéré comme une copie. Les différences entre les deux modèles ont été considérées comme « *mineures* ». Peu importe donc, que le modèle soit ou non une copie servile.

237. Indifférence du risque de confusion. Le risque de confusion n'existe pas en droit des dessins et modèles¹²³⁷. Cela a été rappelé par la chambre commerciale de la cour de cassation, dans un arrêt du 26 mars 2008 : « *ayant relevé que les produits litigieux reproduisaient les caractéristiques essentielles du modèle déposé et engendraient la même impression d'ensemble, la Cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche inopérante portant sur l'éventualité d'un risque de confusion, a, de ces seules constatations, exactement déduit l'existence d'une contrefaçon* »¹²³⁸.

En raison de la finalité du droit des marques, le risque de confusion est en revanche retenu pour certains cas de contrefaçon. Ainsi, toute reproduction n'est pas susceptible d'être contrefaisante, mais des signes imitant la marque peuvent être considérés comme des contrefaçons (C).

¹²³³ Cité par A.-Ch. RENOARD, qui cite néanmoins en sens contraire une décision plus ancienne : tribunal criminel de la Seine, 14 nivôse an XI. Le tribunal correctionnel de la Seine a estimé que le fait de faire lithographier des gravures pour des « *paravens ou devans de cheminées* » alors qu'elles n'étaient pas tombées dans le domaine public, porte préjudice aux propriétaires « *en les privant du bénéfice qu'ils pouvaient retirer de la vente du droit de reproduire les trois gravures qui sont leur propriété exclusive, et quant au dessin et quant à la composition ; d'autre part, en dépréciant les compositions des mêmes gravures auxquelles la faveur s'attache d'autant moins qu'elles deviennent plus communes* ».

¹²³⁴ G. REQUENA, « L'évolution récente de la jurisprudence française en matière d'appréciation de la contrefaçon de marque », *Dalloz*, 2001, p. 3602

¹²³⁵ Article L. 513-5 CPI : « *La protection conférée par l'enregistrement d'un dessin ou modèle s'étend à tout dessin ou modèle qui ne produit pas sur l'observateur averti une impression visuelle d'ensemble différente* ».

¹²³⁶ P. GREFFE, note sous CA Paris, 4^e ch., A, 9 mars 2005, « *Modification des proportions : protection ?* », *propriété industrielle*, n°10, octobre 2005, comm. 80

¹²³⁷ Voir F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, éd. Economica, 2011, p. 620, n°1140

¹²³⁸ Cass. com. 26 mars 2008, *RIPIA*, n°233, 3^e trim. 2008, p. 9

C) La contrefaçon en droit des marques

238. Il n'y a *a priori* pas contrefaçon lorsque la marque est utilisée dans une œuvre d'art ou dans son sens usuel. En effet, la marque, destinée à désigner un produit, ne peut servir à restreindre toute utilisation du signe, alors que certaines utilisations n'entraînent aucun préjudice pour le titulaire de la marque (1). En revanche, lorsque le signe est imité ou reproduit par un concurrent, cette utilisation constitue une contrefaçon (2).

1. L'utilisation de la marque hors de sa finalité

239. La liberté de création justifiée par la finalité du droit. Toute copie d'une marque n'est pas une contrefaçon. Ainsi, la contrefaçon n'a pas été évoquée à propos d'un film dans lequel étaient reproduites de nombreuses marques. En effet, si la reproduction d'une marque est normalement constitutive de contrefaçon, le film en question, qui a remporté l'Oscar du meilleur court métrage d'animation, n'a pas fait l'objet de poursuite¹²³⁹. La contrefaçon suppose que la marque est « *utilisée pour désigner des produits ou services identiques à ceux désignés dans l'enregistrement de la marque authentique* ».

Tous ne sont pas d'accord : ainsi, L. MERLET préconise le recours au parasitisme ou à la théorie « *des marques renommées* » pour empêcher la reproduction des marques dans des œuvres de l'esprit pour éviter qu'« *un artiste les utilise pour les dégrader, les avilir, ou pour les détourner du propre univers créatif, qu'elles ont construit avec d'autres créateurs et artistes et qui constitue également une œuvre* »¹²⁴⁰.

Cependant, la jurisprudence favorise la protection finalisée de la marque, et donc la liberté de création. Dans ce sens, le tribunal de grande instance de Paris a débouté la société Mattel qui estimait que l'utilisation de « Barbie » dans une chanson constituait une contrefaçon de sa marque¹²⁴¹. L'emploi du nom est libre car pour les juges, car on ne pourrait employer cette marque « *dans le titre d'un ouvrage littéraire ou historique inspiré par le non moins célèbre*

¹²³⁹ « Oscar pour « Logorama » : la liberté d'expression à l'assaut des marques », *RLDI*, mars 2010, n°58, act., et p. 47 : le film français de N. SCHERKIN décrit une course-poursuite dans la ville de Los Angeles envahie par les marques publicitaires. « *Près de 3000 logos apparaissent dans le film, sans qu'aucune autorisation n'ait été sollicitée* ».

¹²⁴⁰ L. MERLET, *RIPIA*, n°236, 2^e trim. 2009, p. 100-102.

¹²⁴¹ TGI Paris, 9 janvier 1990, B. EDELMAN, « chronique de propriété littéraire et artistique », *JCP* 1990, I, 3478, annexe 10



criminel nazi qui, malheureusement pour la société Mattel, porte le même nom que celui de la poupée dont elle a déposé la marque »¹²⁴².

De même, le fait de reprendre une marque pour identifier une œuvre de l'esprit ou un personnage n'est *a priori* pas répréhensible, car « *le signe n'est pas utilisé en relation avec des produits au sens du droit des marques* »¹²⁴³.

240. La liberté d'utiliser un terme constituant une marque comme nom commun dans son sens usuel. Le fait de reprendre un terme déposé comme marque dans son sens courant ne peut pas non plus être considéré comme une contrefaçon¹²⁴⁴. Cela a été par exemple affirmé à propos d'une affaire opposant Décathlon à un site reprenant ce mot. En l'espèce, un site internet nommé « decathlon.pl » dont le contenu utilise ce terme, « *présente des dessins humoristiques à caractère vulgaire ou à connotation sexuelle, accompagnés de légendes en langue polonaise, tournant en dérision des sportifs pratiquant des épreuves du décathlon* ». La cour de cassation a estimé que « *la propriété d'une marque, même notoire, constituée d'un nom commun [n'interdit] pas l'usage de ce mot en son sens usuel* », et en l'absence de toute autre référence aux signes distinctifs d'une entreprise, cet usage ne caractérise pas un dénigrement de cette entreprise, même connue¹²⁴⁵.

L'utilisation, dans une publicité, de termes déposés en tant que marque par un concurrent n'est pas constitutive de contrefaçon¹²⁴⁶. En revanche, si le terme n'est pas utilisé dans son sens courant, il y a contrefaçon¹²⁴⁷.

¹²⁴² TGI Paris, 9 janvier 1990, B. EDELMAN, « chronique de propriété littéraire et artistique », *JCP* 1990, I, 3478, annexe 10 : les juges ont également relevé que la réputation de la poupée ne pouvait être entachée, dans la mesure où un article paru avait déjà dévalorisé l'image de la poupée Barbie.

¹²⁴³ S. DURRANDE, « Contrefaçon de marque. Reproduction et imitation de marque », *JurisClasseur Marques*, fasc. 7511, 2008, n° 11 ; voir CA Paris, 3 novembre 1987, *Ann. propr. ind.* 1988, n° 3, p. 236 ; CA Paris, 25 janv. 2006 : *PIBD* 2006, n° 830, III, p. 363. Dans le sens contraire : à propos de la marque « élu produit de l'année », les juges ont retenu que la chanson dont le titre était la marque « élu produit de l'année », « *pourrait – en principe – être susceptible d'induire le public en erreur, celui-ci pouvant penser que l'album est un produit qui a participé avec succès à la manifestation organisée par MEM, portant ainsi atteinte à la marque ; que le moyen tiré, par SONY et Christophe DURIER, de l'inapplicabilité du droit des marques aux titres des œuvres de l'esprit doit donc être écarté* ». Cependant, en l'espèce, cette expression est « banale ». Il n'y a pas eu contrefaçon : CA Versailles, 5 mars 2009, 07/07569

¹²⁴⁴ Cass. comm., 20 février 2007, n° 05-10319, *PIBD* 2007, n° 850, III, p. 273

¹²⁴⁵ *Ibid.*

¹²⁴⁶ S. DURRANDE, « Contrefaçon de marque. Reproduction et imitation de marque », *JurisClasseur Marques*, fasc. 7511, 2008, n° 13 : voir par exemple Cass. com., 6 mai 1996, n° 94-16354 : *Ann. propr. ind.* 1996, n° 1, p. 25. Rejet du pourvoi : CA Paris, 25 avril 1994 : *Ann. propr. ind.* 1994, n° 3, p. 166. CA Paris, 18 mai 2005 : *PIBD* 2005, n° 814, III, p. 511, reprise de l'expression « Quoi de plus naturel » déposée par la société Senoble pour des produits laitiers dans un publi-reportage réalisé à la demande de la société LHT pour les mêmes produits dans lequel on trouve la formule Manger sain, quoi de plus naturel ? CA Paris, 4^e ch. A, 4 décembre 2002 : obs. S. DURRANDE, *Dalloz* 2003, p. 2629 : reprise du terme "exquis" déposé comme marque pour des



Cela s'explique par le principe de spécialité et les libertés de création et d'expression¹²⁴⁸.

Hormis ces situations dans lesquelles les signes peuvent être utilisés librement, les concurrents du titulaire de la marque ne peuvent utiliser la marque comme signe (2).

2. L'utilisation de la marque limitée pour les concurrents

241. Cette utilisation peut être soit une imitation, (a), soit une reproduction de la marque (b).

a) La contrefaçon par imitation

242. La liberté de création limitée par le risque de confusion. En droit des marques, l'imitation est fautive à partir du moment où il existe un risque de confusion¹²⁴⁹. Ce critère est indifférent dans la contrefaçon par reproduction¹²⁵⁰.

Ainsi, la liberté de création est limitée. Cette limite peut être posée contractuellement. Cela avait été le cas dans une affaire du 31 mars 2009. En l'espèce, deux sociétés dont les marques désignaient des vêtements avaient conclu un accord. Les marques contenant le même signe, elles s'engageaient pour l'une à ne pas modifier la forme de leur marque et pour l'autre à ne pas commercialiser des vêtements pour enfant, le but étant d'éviter tout risque de confusion entre les marques. La première société a néanmoins changé la forme de représentation de sa marque. Les juges ont alors considéré qu'il y avait contrefaçon par imitation dans la mesure

crèmes glacées dans une publicité consacrée aux mêmes produits. Il n'y a pas de monopole sur l'usage d'une marque dans son acception courante dans un roman par exemple.

¹²⁴⁷ CA Paris, 4 octobre 2006 : *PIBD* 2007, n° 843, III, p. 28, rendu sur renvoi après cassation : Cass. com., 4 févr. 2004 : *PIBD* 2004, n° 787, III, p. 334. Le cas particulier de la publicité comparative ne sera pas abordé ici.

¹²⁴⁸ Voir, cité par S. DURRANDE, « Contrefaçon de marque. Reproduction et imitation de marque », *JurisClasseur Marques*, fasc. 7511, 2008, n°9 : TGI Paris, 14 mars 2007, *PIBD* 2007, n° 854, III, p. 401 : un journaliste peut utiliser la formule « L'euro dans tous ses états » comme titre de son article relatif aux difficultés du passage à l'euro. « *Les droits privatifs sur la marque « L'Euro dans tous ses états » ne sauraient aboutir à empêcher les tiers d'utiliser cette succession de mots appartenant au langage courant dans son acception usuelle, et ce au nom de la liberté d'expression* ».

¹²⁴⁹ Article L. 713-3 CPI : « Sont interdits, sauf autorisation du propriétaire, s'il peut en résulter un risque de confusion dans l'esprit du public :

a) La reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, ainsi que l'usage d'une marque reproduite, pour des produits ou services similaires à ceux désignés dans l'enregistrement ;

b) L'imitation d'une marque et l'usage d'une marque imitée, pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux désignés dans l'enregistrement ». Voir également F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, éd. Economica, 2011, p. 978, n° 1672

¹²⁵⁰ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.* p. 952, n° 1641 : voir les exemples cités note 4, p. 952 : notamment cass. com. 16 décembre 1981, bull. civ., IV, n° 395, p. 313 ; *RIPIA* 1981, p. 487, obs. A. T. : « après avoir constaté que la marque « *Marinier* » était la reproduction quasi-identique de la marque « *la marinière* » antérieurement déposée et que ces marques servaient à couvrir des produits semblables, la cour d'appel n'était pas tenue, quelle que soit la faiblesse d'originalité de ces marques de rechercher l'existence d'un risque de confusion entre elles pour légalement justifier sa décision ».



où la société n'avait pas respecté les termes de l'accord. La liberté de création a été ici limitée par les contractants, afin d'éviter une action en contrefaçon. L'appréciation des juges pour constater l'imitation se limite alors à constater qu'une des parties s'est soustrait à ses obligations, il s'ensuit que « *le risque de confusion réapparaît sans qu'il soit nécessaire de l'établir d'avantage* »¹²⁵¹.

De plus, l'article L. 713-6 CPI interdit « *l'imitation d'une marque et l'usage d'une marque imitée, pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux désignés dans l'enregistrement* ». Cela est valable également pour les noms de domaine. Ainsi, le nom de domaine reprenant la dénomination « Geo », ainsi que la présentation du nom en lettres blanches sur fond vert, pour un site « geo-découverte.com » est une contrefaçon¹²⁵².

La liberté de création est également limitée lorsque la marque est reproduite, à l'identique ou légèrement modifiée. Cette reproduction est sanctionnée également par la contrefaçon (b).

b) Contrefaçon par reproduction

243. La reproduction quasi-servile. La contrefaçon peut aussi résulter de la reproduction du signe. La contrefaçon est alors : « *l'atteinte à la propriété de la marque et cette atteinte est réalisée par l'emprunt fait à la marque par sa reproduction en elle-même, sans qu'il y ait à rechercher si le contrefacteur a créé ou non un risque de confusion* »¹²⁵³.

Cette reproduction pouvait être une « *reproduction quasi-servile* », c'est-à-dire que la marque est légèrement modifiée mais qu'il « *subsiste une identité totale entre les signes* »¹²⁵⁴.

Cette notion de copie ou reproduction quasi-servile est assimilée par la jurisprudence à la reproduction servile¹²⁵⁵. Les juges se réfèrent à « *l'impression d'ensemble* » conféré par la

¹²⁵¹ S. DURRANDE, « Droit des marques octobre 2008-octobre 2009 », *Dalloz*, 2010, p. 851 et suiv., IV, à propos de cass. com. 31 mars 2009, n°07-17665

¹²⁵² TGI Paris, 3^e ch., section 2, 8 novembre 2002, « Contrefaçon d'une marque par sa reprise dans un nom de domaine », *Légipresse*, n°204, septembre 2003, I, p. 118

¹²⁵³ CA Rennes, 2^e janvier 1980, *RIPIA*, n°119, mars 1980, p. 10

¹²⁵⁴ S. DURRANDE, « Conditions de la poursuite en contrefaçon (art. L. 713-2 et L. 713-3 c. prop. intell.) », *Dalloz* 2002, p. 1135 ; S. DURRANDE, « Contrefaçon de marque. Reproduction et imitation de marque », *JurisClasseur Marques*, fasc. 7511, 2008, n°24 : elle cite par exemple Golconde et Golconda : CA Paris, 2 juin 1995 : *Ann. propr. ind.* 1995, n° 2, p. 144

¹²⁵⁵ S. DURRANDE, « Conditions de la poursuite en contrefaçon (art. L. 713-2 et L. 713-3 c. prop. intell.) », *Dalloz* 2002, p. 1135. Pour certains, il s'agit d'un « emprunt de toutes pièces » : O. LALIGANT, *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999, n° 318



reproduction des caractéristiques essentielles du modèle¹²⁵⁶. Les juges ne recherchaient pas alors si « *ces marques pouvaient être confondues par le public* »¹²⁵⁷.

244. L'adjonction. La reproduction par adjonction était également sanctionnée par les juges français. A la marque originaire est ajoutée un terme banal, ou un élément neutre. Il semble aujourd'hui que cette solution ne soit plus valable au regard de la solution apportée par la CJCE dans une affaire du 20 mars 2003¹²⁵⁸. Ici, quand les différences sont insignifiantes et peuvent passer inaperçues, il y a contrefaçon. Cependant, lorsque l'on compare « Arthur et Félicie » et « Arthur », les différences sont perceptibles, les signes ne sont pas identiques. Il faudrait prouver qu'il existe un risque de confusion entre les deux marques pour qu'il y ait contrefaçon.

La liberté de création est également limitée par la contrefaçon de brevet (D).

D) Contrefaçon et brevet

245. L'appréciation de la contrefaçon. La contrefaçon s'apprécie selon les ressemblances. Il y a donc contrefaçon « *en cas de reproduction des moyens essentiels du brevet* »¹²⁵⁹. Les moyens et les fonctions du brevet sont pris en compte, non le résultat¹²⁶⁰.

246. La contrefaçon par équivalence. La contrefaçon peut également être par équivalence, lorsque « *deux moyens sont considérés comme équivalents lorsque bien qu'étant de forme différent, ils exercent la même fonction en vue d'un résultat de même nature* »¹²⁶¹. Elle existe lorsque la reproduction des moyens est « *déguisée* »¹²⁶², c'est-à-dire que les juges du fond doivent rechercher si l'invention « *reproduisait la fonction nouvelle* » c'est-à-dire si

¹²⁵⁶ Voir par exemple, CA Paris, 20 septembre 1995, jurisdata n°024221, Y. MONELLI, « 30. Défense des droits : de l'action en contrefaçon », in M. VIVANT (dir.) *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, p. 389

¹²⁵⁷ G. REQUENA, « L'évolution récente de la jurisprudence française en matière d'appréciation de la contrefaçon de marque », *Dalloz*, 2001, p. 3602

¹²⁵⁸ S. DURRANDE, « Contrefaçon de marque. Reproduction et imitation de marque », *JurisClasseur Marques*, fasc. 7511, 2008, n°26, à propos de : CJCE 20 mars 2003, aff. C-291/00 : obs. S. DURRANDE, « Action en contrefaçon contre le titre d'un article de magazine », *Dalloz* 2003, p. 2686 ; G. BONET, « Contrefaçon d'une marque complexe par reproduction servile ou quasi servile d'un signe distinctif avec ou sans ajout d'autres éléments », *RTD E* n° 1, mars 2004, p. 115 ; J. AZEMA, « Contrefaçon de marque », *RTD com.* n° 3, septembre 2003, p. 501 ; Ch. CARON, « Les contrefaçons partielles et par adjonction sont mortes », *Comm. com. électr.* mai 2003, comm. 47

¹²⁵⁹ Cass. com. 21 juin 1988, bull. civ. IV, n°207, ou encore TGI Paris, 28 octobre 1992, *PIBD* 1993, III, 81

¹²⁶⁰ F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, éd. Economica, 2011, p. 396, n°762

¹²⁶¹ 16 janvier 1996, *PIBD*, 1996, 608, III 175

¹²⁶² Cass. com. 2 novembre 2011, n°10-30907, in *L'essentiel du droit de propriété intellectuelle*, 2012, n°1, p.5, com. A. BOUTIN



« le moyen ne remplit pas la même fonction en vue d'un résultat de même nature, même si celui-ci est d'un degré différent »¹²⁶³.

De plus, « si la fonction est connue, la contrefaçon par équivalence ne peut résulter de la simple identité des fonctions, mais d'une analogie dans la forme de réalisation »¹²⁶⁴. Quand le dispositif en cause a la même fonction mais une structure différente de celle revendiquée, il n'y a pas contrefaçon¹²⁶⁵. De même, lorsque la fonction du procédé argué de contrefaçon n'est pas la même¹²⁶⁶.

247. La contrefaçon partielle. La contrefaçon partielle a fait l'objet de débats. Pour certains, la contrefaçon partielle pouvait être reconnue lorsque la revendication était « complexe et divisible »¹²⁶⁷. Cela posait problème pour les concurrents potentiels. En effet, il a semblé que la « reproduction partielle d'une caractéristique protégée par une revendication de brevet » pouvait être considérée comme une contrefaçon¹²⁶⁸. Le concept de « contrefaçon partielle » ne pouvait être admis qu'en ce sens, car l'équilibre entre le breveté et les tiers susceptibles de lancer de nouveaux produits sur le marché est remis en cause par la contrefaçon partielle¹²⁶⁹. Il semble aujourd'hui que cette notion ne soit pas retenue, dans la mesure où est protégé ce qui a été revendiqué¹²⁷⁰.

Les conditions de la contrefaçon permettant de restreindre la liberté de création sont restreintes, afin de maintenir l'équilibre entre liberté de création et droits de propriété intellectuelle. Cependant, les créateurs peuvent recourir aux notions de concurrence déloyale ou de parasitisme lorsque les conditions sont réunies. La raison économique semble expliquer le recours à la notion de parasitisme. Celle-ci est régulièrement invoquée avec la contrefaçon, pour les mêmes agissements, ce qui est discutable, dans la mesure où, le risque d'une sanction pour parasitisme en l'absence de contrefaçon peut conduire à limiter la liberté de création (§ 2).

¹²⁶³ *Ibid.*

¹²⁶⁴ CA Paris, 4^e ch., 15 décembre 2004, *PIBD* 2005, 805 III, 192

¹²⁶⁵ Cass. com., 4 décembre 1990, *ann. propr. ind.* 1990, 233, note P. MATHELY

¹²⁶⁶ Paris, 4^e ch., 28 mars 2001, *RDPI* 2001, n°123, p. 40

¹²⁶⁷ CA Paris, 15 janvier 1997, *PIBD*, 1997, III, 227, J.-M. MOUSSERON, « Contrefaçon partielle d'un élément isolé d'une combinaison », *Dalloz* 1997, som. p. 332

¹²⁶⁸ J.-P. MARTIN, « Contrefaçon de brevet : partielle ou à part entière ? », *JCP E*, 1989, étude III, 5592

¹²⁶⁹ *Ibid.*

¹²⁷⁰ F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, éd. Economica, 2011, p. 398, n°765



§ 2 : L'extension des droits privatifs que permet la concurrence déloyale et le parasitisme

248. La protection par un droit de propriété intellectuelle et celle de la concurrence déloyale ou du parasitisme doivent être distinguées (A) avant d'envisager les situations dans lesquelles il est possible de limiter la liberté de création par le biais de la concurrence déloyale (B).

A) Distinction entre les protections

249. La concurrence déloyale se distingue des droits de propriété intellectuelle par la finalité différente de ces droits (1). Le recours à celle-ci, comme complément à la propriété intellectuelle a donc été critiqué (2).

1. Les finalités des protections

250. Principe. Par principe, les droits de propriété intellectuelle constituent une exception à la liberté du commerce et de l'industrie, ils limitent donc la concurrence¹²⁷¹. Il a ainsi été affirmé que la liberté étant le principe¹²⁷², lorsqu'aucune exception à la liberté du commerce et de l'industrie n'est prévue par un droit de propriété intellectuelle, la reproduction devait être autorisée¹²⁷³. Ainsi, la concurrence devrait jouer lorsque la protection s'achève, favorisant ainsi à la fois la libre concurrence, mais aussi la libre création à partir de celles tombées dans le domaine public.

251. La concurrence déloyale et le parasitisme. Pour S. DURRANDE, « *l'action en concurrence déloyale vise à faire respecter la loyauté dans les relations commerciales* »¹²⁷⁴.

¹²⁷¹ Y. PICOD, Répertoire de droit commercial, Concurrence déloyale, Dalloz, octobre 2010, n°65 : « *en créant des droits privatifs au profit de leurs bénéficiaires, ces dispositions (...) interdis[ent] à autrui de reproduire ou d'utiliser la création protégée, de telle façon que, par rapport à celle-ci, la concurrence se trouve éliminée, la concurrence est interdite* ».

¹²⁷² P. DE CANDE fait référence à la liberté du commerce et de l'industrie : P. DE CANDE, « Chron. dessins et modèles », *propriétés intellectuelles*, 2004, p. 492

¹²⁷³ Dans ce sens : P. ROUBIER, *Droit de la propriété industrielle*, t. 2, Sirey, 1954, p. 396 ; J. PASSA, « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », *Dalloz*, 2000, p.297, n°8 ; ceux cités par PASSA : J.-J. BURST, « La reconstitution des « monopoles » de propriété industrielle par l'action en concurrence déloyale ou en responsabilité civile : mythe ou réalité? », in *Mélanges dédiés à Paul Mathély*, Litec, 1990, p. 93 et suiv. ; H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3e éd., p. 25 ; S. DURRANDE, « Les rapports entre contrefaçon et concurrence déloyale », *Dalloz* 1984, Chron. p. 187 ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2006, 3^e éd. n° 20 ; M. VIVANT, « An 2000 : l'information appropriée », in *Mélanges Burst*, Litec, 1997, p. 660 ; M. VIVANT « L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles », in *Mélanges Mouly*, Litec, 1998, p. 446.

¹²⁷⁴ ; S. Durrande, « Les rapports entre contrefaçon et concurrence déloyale », *Dalloz* 1984, Chron. p. 187



Le recours au parasitisme aurait pour but de lutter contre des pratiques contraires aux loyaux usages du commerce¹²⁷⁵, des pratiques déloyales.

Le parasitisme économique est le « *comportement par lequel un agent économique tire profit sans contrepartie financière des efforts intellectuels et financiers ou de la réputation d'un tiers par la reproduction ou imitation d'un signe distinctif ou d'une création – non couvert par un droit privatif – que ce tiers a développé et exploité avant lui* »¹²⁷⁶. Le profit ainsi réalisé doit lui « *procurer un avantage concurrentiel* »¹²⁷⁷.

Le parasitisme est une notion utilisée dans le cadre du droit de la concurrence. Ce n'est pas vraiment la liberté de création qui est en cause, mais la liberté de la concurrence et la liberté du commerce et de l'industrie qui sont *a priori* concernées. Le parasitisme ne peut être invoqué qu'en présence d'activité économique lucrative¹²⁷⁸.

252. Distinction entre propriété intellectuelle et concurrence. Ces deux protections sont différentes. La protection par le droit d'auteur¹²⁷⁹ est en effet spécifique, comme l'a affirmé notamment le président du TPICE¹²⁸⁰, à propos de l'affaire IMS Health. Pour lui, « *la raison d'être fondamentale du droit d'auteur est de conférer au créateur d'œuvres inventives et originales le droit exclusif d'exploiter ces œuvres, en veillant de ce fait à l'existence d'une « contrepartie de l'effort créatif »* ».

La sanction résultant de la concurrence déloyale ou du parasitisme serait commandée par les « *réalités économiques* »¹²⁸¹. Les droits de la concurrence et de propriété intellectuelle n'ont

¹²⁷⁵ M. PEDAMON, H. KENFACK, *Droit commercial*, précis Dalloz 2011, 3^e éd., n°664, p. 639 : « *l'action en concurrence déloyale permet ainsi de sanctionner les pratiques concurrentielles qui sont contraires à ces « règles du jeu », plus précisément aux usages du commerce et à l'honnêteté professionnelle* ».

¹²⁷⁶ Définition donnée par J. PASSA, in J. PASSA, « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », *Dalloz* 2000, n°19, chron. p. 297 et suiv., n°2

¹²⁷⁷ Ch. CARON, note sous CA Paris, 4^e ch., sect. A, 16 avr. 2008, SA Magic Axess c/ SA Caisse nationale des Caisses d'épargne et de prévoyance : *JurisData* n° 2008-363043 et CA Paris, 4^e ch., sect. B, 16 mai 2008, SAS Sonia Rykiel Création et Diffusion de modèles c/ Sté BCBG Max Azria : *JurisData* n° 2008-365136, « Variations sur quelques définitions jurisprudentielles du parasitisme », *comm. comm. électr.*, n° 10, Octobre 2008, comm. 110

¹²⁷⁸ *Ibid.*

¹²⁷⁹ V.-L. BENABOU, « Puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA*, 2002/2, p. 65

¹²⁸⁰ Ord. réf. 26 octobre 2001, aff. T-184/01 R, IMS Health Inc., v. Commission

¹²⁸¹ T. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.*, 2007, p. 227 ; Ph. LE TOURNEAU, « Peut-on entonner le requiem du parasitisme ? », *Dalloz* 2001, p. 1226. A propos de CA Paris, 18 octobre 2000



pas la même finalité, même si le droit de propriété intellectuelle est un outil qui « *permet de faire de la concurrence* »¹²⁸².

Le recours à la concurrence déloyale et au parasitisme a été critiqué, favorablement par certains auteurs, d'autres y voient une limite supplémentaire à la liberté de création (2).

2. Les critiques suscitées par le recours à la concurrence déloyale et au parasitisme

253. Les arguments favorables à cette protection supplémentaire. Ph. LE TOURNEAU est favorable au parasitisme. Il regrettait que la notion soit réduite à condamner les seuls abus et non la reprise qui « *procure nécessairement à celui qui la pratique des économies qui ne sauraient, à elles seules, être tenues pour fautives* »¹²⁸³. Il estime en effet que la non sanction de tels actes seraient néfaste pour la création, car les entreprises innovantes verraient alors « *leur travail inventif pillé, même sans risque de confusion* » ce qui peut entraîner leur « *déclin* », voire leur « *disparition (...) les concurrents pouvant proposer des produits comparables ou compatibles à bien meilleur prix* »¹²⁸⁴. De plus, les entreprises n'auraient alors plus d'intérêt à innover et investir¹²⁸⁵.

254. Les critiques défavorables. Le recours à des notions qui ne prennent pas en compte la spécificité de la création peut s'avérer néfaste pour la liberté de création. En effet, cela reviendrait à « *réduire la fonction essentielle du droit d'auteur à la seule rémunération de l'effort créateur* » pour V.-L. BENABOU¹²⁸⁶.

Il devrait être possible d'utiliser toute création non protégée pour J.-J. BURST¹²⁸⁷. De plus, J. PASSA affirme que « *on ne peut qualifier de fautif sur le terrain de la responsabilité civile un acte autorisé par la loi spéciale* »¹²⁸⁸.

Pour la plupart des auteurs, c'est l'équilibre¹²⁸⁹ de la propriété intellectuelle qui est ainsi remis en cause. Le recours à la concurrence déloyale et au parasitisme présenterait en effet un risque

¹²⁸² Voir sur ce sujet H. ULLRICH, « Propriété intellectuelle, concurrence et régulation – Limites de protection et limites de contrôle », *RIDE*, 2009/4, t. XXIII, 4, p. 339 et suiv.

¹²⁸³ CA Paris, 18 octobre 2000, note J. PASSA, « Première réfutation de la notion de parasitisme économique », *Dalloz* 2001, jurispr. p. 850 ; Ph. LETOURNEAU, « Peut-on entonner le requiem du parasitisme ? », *Dalloz*, 2001, p. 1226

¹²⁸⁴ Ph. LETOURNEAU, *op. cit.* p. 1226

¹²⁸⁵ *Ibid.*

¹²⁸⁶ V.-L. BENABOU, « Puier à la source du droit d'auteur », *RIDA*, 2002/2, p. 63

¹²⁸⁷ J.-J. BURST, « La reconstitution des « monopoles » de propriété industrielle par l'action en concurrence déloyale ou en responsabilité civile : mythe ou réalité ? », in *Mélanges dédiés à Paul Mathély*, Litec, 1990, p. 93

¹²⁸⁸ J. PASSA, « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », *Dalloz*, 2000, p. 297, n° 8



pour le système de la propriété intellectuelle et la liberté de la concurrence et « *l'activité créatrice elle-même* »¹²⁹⁰. En effet, pour J. PASSA, « *plus l'effort de création est tenu, moins les exigences sont importantes et plus le champ et la durée de la protection s'étendent* »¹²⁹¹. Il ajoute que cette protection supplémentaire freine l'activité créatrice, empêche la libre circulation des idées, nécessaire à la création. Dès lors, la possibilité de recourir au parasitisme compromet « *gravement la liberté de création* »¹²⁹². En effet, une idée qui n'est pas protégée par un droit de propriété intellectuelle peut être réservée par le biais de la responsabilité civile, lorsqu'une faute est relevée¹²⁹³. Ainsi, la cour de cassation a affirmé que « *l'action en concurrence déloyale [a] pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif* »¹²⁹⁴. La faute est alors de commercialiser une création¹²⁹⁵ « *destinée à la même clientèle et qui s'inspirait aussi étroitement des réalisations* » préexistantes¹²⁹⁶. La jurisprudence est constante sur ce point¹²⁹⁷.

J. PASSA a relevé que la notion de parasitisme a parfois été appliquée de manière mesurée¹²⁹⁸. Ainsi, un arrêt rendu par la Cour d'appel de Toulouse le 19 octobre 1988 a limité la portée du parasitisme : les juges ont affirmé que « *l'application de cette notion [le parasitisme] ne doit être faite qu'avec beaucoup de prudence dès lors d'une part, que si un produit ne bénéficie pas de la protection des lois du 14 juillet 1909 ou du 11 mars 1957, admettre que la seule reproduction qui ne lèse aucun droit privatif serait constitutive d'une faute, aboutirait à créer une protection subsidiaire faisant revivre par un biais excluant la notion fondamentale d'originalité, la protection des lois susvisées* »¹²⁹⁹.

Seule serait susceptible d'être protégée l' « *utilisation d'une technique ayant nécessité des efforts tant intellectuels que financiers important ou d'un nom commercial jouissant d'une* »

¹²⁸⁹ Ou la « *logique générale du droit de la propriété intellectuelle* » : J. PASSA, « Les protections alternatives au droit d'auteur en droit français », in Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R. HILTY, *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, éd. Litec, 2007, p. 247

¹²⁹⁰ J. PASSA, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, Litec 1997, n° 371

¹²⁹¹ J. PASSA, *op. cit.*, n° 372

¹²⁹² J. PASSA, *op. cit.* n° 373, p. 284

¹²⁹³ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2012, 8^e éd., n°39, p. 50

¹²⁹⁴ Cass. com. 29 novembre 1960, bull. civ. III, n°389, *RTD com*, 1961, p. 607, obs. H. DESBOIS ; BLAUSTEIN, note *Ann. Prop. Ind.*, 1961, n° 3, p. 309 ; C. FRUTEAU, « De l'exclusion des idées », in M. VIVANT (dir.) *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, p. 73 et suiv.

¹²⁹⁵ Dans l'arrêt du 29 novembre 1960 en cause, il s'agit de l'édition d'un ouvrage reprenant l'idée de représenter les notes de la gamme par des lutins dans une méthode de solfège.

¹²⁹⁶ Cass. com., 29 novembre 1960, bull. civ. III, n°389, com. H. DESBOIS, *RTD com*, 1961, p. 607 ; BLAUSTEIN, note *Ann. Prop. Ind.*, 1961, n° 3, p. 309 ; C. FRUTEAU, « De l'exclusion des idées », in M. VIVANT (dir.) *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, p. 73 et suiv.

¹²⁹⁷ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2012, 8^e éd., n°39, p. 50

¹²⁹⁸ J. PASSA, *op. cit.*, n° 375

¹²⁹⁹ CA Toulouse, 19 octobre 1988, *Dalloz* 1989, p. 290, note J.-J. BABIERI



réputation ou d'une notoriété particulière résultant notamment d'une publicité très onéreuse et quasi-permanente et représentant une valeur économique importante en soi »¹³⁰⁰. Il semblerait cependant que cette solution soit assez isolée.

La concurrence déloyale a été appliquée par les juges, lorsque la contrefaçon ne pouvait être invoquée, que la création soit ou non protégée par un droit de la propriété intellectuelle, ou en plus de la contrefaçon (B).

B) Application¹³⁰¹

255. Le recours à la concurrence déloyale et au parasitisme a été justifié par la protection de l'investissement, lorsqu'il est porté atteinte aux usages loyaux du commerce (1). Il semble cependant que cette protection n'a pas vocation à remplacer les droits de propriété intellectuelle (2).

1. La protection de l'investissement limitant la liberté de création

256. La concurrence déloyale suppléant aux droits de propriété intellectuelle. Si la marque est une marque d'usage, son propriétaire peut recourir à la concurrence déloyale pour la protéger¹³⁰². De même pour un dessin non protégé¹³⁰³ ou des méthodes commerciales non protégeables par le droit d'auteur¹³⁰⁴. Dans ce dernier cas, ce sont alors des créations qui auraient dû faire partie du fonds commun qui deviennent protégeables.

Lorsque la création est protégée, les juges peuvent néanmoins recourir à la concurrence déloyale. Dans un jugement du 6 avril 2011, les juges ont eu à déterminer s'il y avait contrefaçon et concurrence déloyale. La protection spécifique des logiciels ne prend pas en compte certains éléments, comme les interfaces utilisateurs, pour lesquelles c'est le droit

¹³⁰⁰ CA Toulouse, 19 octobre 1988, *Dalloz* 1989, p. 290, note J.-J. BABIERI, à propos de bougies en forme de perles

¹³⁰¹ Voir J. PASSA, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, Litec, 1997

¹³⁰² J. PASSA, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, Litec, 1997, n°214 et suiv.

¹³⁰³ Voir par exemple, TGI Nantes, 31 mai 1977 : un commerçant a utilisé des étiquettes sur ses produits qui « *présentent avec les étiquettes utilisées par un concurrent, une ressemblance suffisante pour créer dans l'esprit du public une confusion sur l'origine de la marchandise proposée* ». Les juges ont également constaté que la similitude était intentionnelle. Cela constitue donc un acte de concurrence déloyale : *RIPIA*, n°111, mars 1978, p. 14 s.

¹³⁰⁴ T. com. Lyon, 5 juillet 1977, *RIPIA* 111, mars 1978, p. 19 s. : « *le plagiat réside dans les textes, leur mise en page, les expressions, les mots eux-mêmes ainsi que dans l'esprit de ces documents et leur mode d'utilisation* ». Peu importe l'intention de nuire. La concurrence déloyale réside dans le fait que l'appropriation « *des efforts de recherche et de mise au point d'une technique de prospection commerciale qui, même si elle n'était pas d'une originalité rare, était en tout cas particulière à* » la première société.



d'auteur classique qui s'applique¹³⁰⁵. Les juges avaient estimé que la finalité des deux logiciels était identique, la « *cinématique fonctionnelle* » était également très proche. Mais les « *codes sources et les interfaces utilisateurs des logiciels sont différents* ». Ils ont donc estimé que les similitudes étaient insuffisantes pour qu'il y ait contrefaçon. Ils ont cependant estimé qu'il y avait concurrence déloyale. Le tribunal s'appuyait ici sur le non-respect du contrat qui contenait une clause de non concurrence et sur l'« *appropriation du savoir-faire* », quand bien même les clients concernés seraient différents. Ce qui pose problème en l'espèce, c'est que les faits sont identiques¹³⁰⁶.

La concurrence déloyale et le parasitisme peuvent également sanctionner la reprise d'une création tombée dans le domaine public. Cela a été le cas à propos d'un modèle de montre, toujours commercialisé et faisant l'objet de publicité régulièrement mais tombé dans le domaine public. Une société a offert une copie servile de la montre « Tank » de Louis Cartier. En l'espèce, les juges ont estimé qu'il importe peu que la marque soit apposée sur le cadran, l'impression d'ensemble est la même. Pour affirmer qu'il s'agit de concurrence déloyale et parasitaire, la cour a retenu que la seconde société a « *nécessairement cherché à tirer profit, sans aucun travail créatif et sans investissement, de la notoriété* » qui se rattache à ce modèle « *légendaire et emblématique* » dont le pouvoir attractif était « *historiquement associé au nom de la société Cartier* »¹³⁰⁷. Dans l'affaire opposant la société Cartier à Métro, la cour de cassation avait également estimé que l'offre d'une copie servile de cette montre dans ces conditions portait atteinte à l'image de marque de cette montre et « *affectait l'image (...) d'un produit notoire et de marque* »¹³⁰⁸.

La confusion n'est pas requise¹³⁰⁹ lorsqu'il s'agit d'agissements parasitaires. En revanche, la concurrence parasitaire, pour être reconnue exige le risque de confusion¹³¹⁰.

¹³⁰⁵ B. LAMON, « Contrefaçon de logiciel. Petite balade au pays des actions en contrefaçon », note sous Tribunal de commerce d'Evry, 6 avril 2011, *Expertises*, juin 2011, n° 359, p. 223 et suiv., spéc. p. 224

¹³⁰⁶ B. LAMON, à propos de T. com. Evry, 6 avril 2011, *Expertises*, juin 2011, p. 223 et s., p. 238 pour la décision.

¹³⁰⁷ CA Paris, 4e ch. A, 14 juin 2006, SA Cartier c/ SA Raymond Weil : Juris-Data n° 2006-304157, com. Ch. CARON, « Les nouvelles frontières du parasitisme », *comm. comm. électr.*, n°12, décembre 2006, comm. 153

¹³⁰⁸ Cass. com., 22 octobre 2002, SARL Métro libre-service de gros c/ SA Cartier, Juris-Data numéro 2002-015991 ; com. M. MALAURIE-VIGNAL, note, *c.c.c.*, janvier 2003, n°1, p. 11 ; D. MAINGUY, « L'action en parasitisme et en concurrence déloyale de celui qui ne dispose pas d'un droit privatif », *JCP E*, n°13, 27 mars 2003, p. 493 et D. MAINGUY, « L'action en parasitisme et en concurrence déloyale peut être intentée même par celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif », *JCP G*, 5 mars 2003, n°10, p. 563, n°493

¹³⁰⁹ Se différenciant ainsi de la concurrence déloyale, J. PASSA, « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », *Dalloz* 2000, n°19, chron. p. 297 et suiv., n°2, note 4 : cass. com. 7 avril 1992 ; CA Paris, 4e ch. B, 4 février 1991 et CA Paris, 4e ch. B, 4 avril 1991, *ann. prop. Ind.* 1991, n° 2 p. 96, et *ann. prop. Ind.* 1992, n° 3, p. 339



257. L'addition des sanctions pour contrefaçon et concurrence déloyale. Les juges ont pu condamner le contrefacteur à la fois pour contrefaçon et pour concurrence déloyale. Cela a été le cas dans un jugement rendu par le TGI de Marseille. Les juges, après avoir constaté la contrefaçon de produits de marque Vuitton, dans la mesure où les détails différenciant l'original de la copie quasi-servile, pouvaient « *passer inaperçus pour une clientèle dotée d'un esprit d'observation moyen et n'ayant pas sous les yeux un objet revêtu de la marque authentique* », ont relevé que « *l'imitation servile (...) ne pouvait avoir pour but que de concurrencer cette marque notoire en profitant de son prestige, en créant une confusion dans l'esprit de la clientèle, et par la pratique de prix modérés, ne pouvait que déprécier, en la vulgarisant, la marque VUITTON* »¹³¹¹.

La contrefaçon et la concurrence déloyale ou le parasitisme ne doivent cependant pas être un moyen de protéger systématiquement ce qui ne peut l'être par la propriété intellectuelle, déséquilibrant ces droits et limitant excessivement la liberté de création (2).

2. Limites de la protection par la concurrence déloyale et le parasitisme

258. Des faits distincts. La nécessité de s'appuyer sur des faits distincts a été affirmé notamment à propos de créations protégées par le droit des dessins et modèles. Les juges ont refusé de sanctionner les mêmes faits au titre de la contrefaçon et de la concurrence déloyale en affirmant que le fait de constater une reproduction quasi-servile du modèle et que ces vêtements ont été fabriqués à moindre coup en Turquie, ne permet pas d'établir « *l'existence d'actes de concurrence déloyale distincts de la contrefaçon* »¹³¹².

Il est d'autant plus difficile de cumuler les deux sanctions en matière de marque, que, pour établir la contrefaçon par imitation, les juges recherchent une confusion entre les signes. Ainsi, le principe est que la « *qualification de contrefaçon de marque couvre le risque confusion* ». Il n'y a donc pas de condamnation supplémentaire pour concurrence déloyale pour les mêmes faits matériels¹³¹³.

¹³¹⁰ CA Paris, 4e ch., sect. B, 16 mai 2008, SAS Sonia Rykiel Création et Diffusion de modèles c/ Sté BCBG Max Azria : JurisData n° 2008-365136, comm. Ch. CARON, 2^e esp., « Variations sur quelques définitions jurisprudentielles du parasitisme », *comm. comm. électr.*, n° 10, Octobre 2008, comm. 110

¹³¹¹ TGI Marseille, 3 octobre 1978, *RIPIA*, n°119, mars 1980, p. 21. Ont donc été condamné le grossiste, le demi-grossiste, le fabricant. Voir également à propos de modèles de sacs Longchamp : Cour de Paris, 4^e ch., 4^e ch. B, 23 novembre 2007, p. 137, décision disponible aux *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, n° 1, 2008, t. CXLII, p. 137

¹³¹² Cass. com. 15 septembre 2009, *RIPIA*, n°238, 4^e trimestre 2009, p. 6. Dans le même sens cass. com. 6 novembre 2007, *RIPIA*, n°230, 4^e trimestre 2007, p. 11

¹³¹³ J. PASSA, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, Litec, 1997, n°175



259. La liberté de création prévaut lorsque la création n'est pas protégée ou plus protégée. Le refus de sanctionner des actes qui ne sont pas répréhensibles du point de vue de la propriété intellectuelle a été notamment affirmé par un arrêt du 16 mai 2008. Une société peut vendre, et donc créer des vêtements comportant des rayures de couleurs sur fond noir, dans la mesure où il n'existe pas de risque de confusion, les couleurs et la largeur des bandes n'étant pas identiques utilisées antérieurement par une autre marque. Les juges de la Cour d'appel de Paris, faisant prévaloir la liberté de création, ont affirmé que « *l'invocation d'actes de parasitisme par une entreprise ne peut avoir pour effet de lui conférer un droit exclusif sur les créations qu'elle commercialise, que le droit d'auteur leur refuserait ou ne leur accorderait plus* »¹³¹⁴.

260. Les droits de propriété intellectuelle limitent en effet la protection et toute création n'est pas susceptible d'être protégée. En droit d'auteur, elle doit être originale, même si cette condition est entendue largement. L'invention en droit des brevets doit répondre à certaines conditions, tout comme la marque. Il doit y avoir un minimum de liberté dans la création. Ainsi, les limites à la liberté de création imposées par les droits de propriété intellectuelle et la jurisprudence montrent que si la liberté est trop faible, que cela soit voulu ou non, il ne peut y avoir réellement création (section 2).

Section 2 : La liberté de création, condition d'octroi des droits de propriété intellectuelle

261. Les juges recherchent parfois la liberté de création pour déterminer si un créateur peut ou non bénéficier de la protection des droits de propriété intellectuelle. La liberté n'est pas nécessairement absolue, le créateur peut être dirigé, contraint, mais il doit conserver sa liberté de création pour être protégé.

¹³¹⁴ CA Paris, 4e ch., sect. B, 16 mai 2008, SAS Sonia Rykiel Création et Diffusion de modèles c/ Sté BCBG Max Azria : JurisData n° 2008-365136, comm. Ch. CARON, 2^e esp., « Variations sur quelques définitions jurisprudentielles du parasitisme », *comm. comm. électr.*, n° 10, Octobre 2008, comm. 110. En sens inverse, à propos de l'emballage utilisé par Charal : la protection au titre du droit d'auteur a été refusée, en revanche, le parasitisme a été reconnu ; M.-A. de DAMPIERRE, « Pratique contentieuse. La protection de la valeur économique par le parasitisme », *comm. comm. électr.*, n°12, décembre 2010, comm. n°14 : la faute est caractérisée par « *l'absence de preuve par le défendeur de son savoir-faire et de l'existence d'investissements spécifiques qui lui sont propres, confrontée à la démonstration par le demandeur de son propre savoir-faire et de ses investissements spécifiques eu égard au produit en cause* ».



262. Contrat de travail et liberté de création. Il existe une création même en présence d'un lien de subordination. En effet, l'aliénation de sa liberté « *n'implique pas l'abdication de la qualité d'auteur* »¹³¹⁵. L'auteur peut conserver sa qualité d'auteur en présence d'un contrat de commande ou d'un contrat de travail¹³¹⁶. A partir du moment où le créateur conserve sa liberté de création, même partielle, il est créateur¹³¹⁷. L'entreprise doit pouvoir cependant « *exploiter les créations de ses salariés, éventuellement les adapter, en tirer profit, se protéger contre une attitude déloyale de son salarié qui n'a pu créer que par les moyens mis à sa disposition par l'employeur* »¹³¹⁸. Mais le salarié doit pouvoir également bénéficier de la protection du droit d'auteur. Il existe un lien de subordination, selon lequel le créateur est tenu à certaines obligations, tout en disposant d'une « *liberté de création dans sa mission* »¹³¹⁹.

263. Lorsque la liberté de création est trop faible : le droit d'auteur revient à l'employeur. Cependant dans certains cas, comme celui de l'œuvre collective, la liberté de création est jugée trop faible pour considérer que les contributeurs sont des créateurs, faisant alors prévaloir l'intérêt de l'employeur, qui bénéficiera des droits d'auteur sur les créations.

264. La protection adaptée à l'objet de protection par le recours à la liberté de création comme critère en droit d'auteur et en droit des dessins et modèles. La liberté de création sert également de critère afin de déterminer s'il existe une création. En effet, créer sans pouvoir déterminer, effectuer des choix..., revient à exécuter ou copier. La liberté peut être plus ou moins grande, selon la création. Doit-on alors, comme en droit des dessins et modèles, accorder une protection en fonction du degré de liberté du créateur, en fonction de la création, voire du marché auquel il est destiné ? Prendre en considération la liberté de création permet une certaine adaptation aux différents types de création, en particulier en droit d'auteur.

¹³¹⁵ H. DESBOIS, *RTD com.* 1971, p. 336. Voir également X. DAVERAT, « Informatique, communication et créations immatérielles : chronique n°XVII (1^{re} partie) », *petites affiches*, 15 mars 2002, n°54, p. 4 et suiv., spéc. p. 6 : il existe une certaine tentation de « *minimiser la part créatrice de l'auteur* », et donc de le déposséder de ses droits, en utilisant des dispositifs, tels que « *respect de la bible* », « *possibilité d'acceptation ou de refus du travail de l'auteur* », « *répartition du travail* » dans le secteur de l'audiovisuel.... Cela permet de « *développer quelques arguments visant à nier la liberté créatrice* ».

¹³¹⁶ *Ibid.* Voir également F. POLLAUD-DULIAN, « Propriétés intellectuelles et travail salarié », *RTD com.*, 2000, chron. p. 273 : citant Flaubert dans « *Le dictionnaire des idées reçues* », qui a inscrit « *ce qu'ils font ne peut s'appeler travailler* », en face du mot « *artiste* ».

¹³¹⁷ F. POLLAUD-DULIAN, « Propriétés intellectuelles et travail salarié », *RTD com.*, 2000, chron. p. 273 et suiv. : *a contrario*, lorsque les instructions sont très détaillées et que le salarié n'a pas de marge de manœuvre, il n'est pas créateur mais technicien exécutant des instructions.

¹³¹⁸ L. FIN-LANGER, « Les statuts de salarié et de créateur sont-ils compatibles ? », *Droit et patrimoine*, n°147, avril 2006, p. 52 et suiv., (p. 52)

¹³¹⁹ L. FIN-LANGER, *op. cit.*, p. 54-55



Dans certains cas, le principe de la liberté de création qui innervé les droits de propriété intellectuelle est utilisé comme critère, afin de déterminer si l'on est ou non en présence d'une création protégeable. En effet, protéger la liberté de création suppose une protection restreinte aux seules créations. Ainsi, en droit des dessins et modèles, le « législateur »¹³²⁰ fait référence à la liberté du créateur, qui devient un critère permettant d'accorder une protection même lorsque les différences avec un modèle précédent sont faibles, pourvu que le créateur ait bénéficié d'une (faible) liberté pour le concevoir (B). En droit d'auteur, ce sont les juges qui y font référence (C). La liberté de création doit exister, même restreinte. A un certain degré cependant, et pour des raisons pratiques, dans les relations entre salariés et employeur, la liberté de création, trop faible, entraîne un transfert des droits du créateur à l'employeur, personne morale ou physique (A).

A) La négation de la liberté de création des auteurs d'œuvres collectives

265. La liberté de création insuffisante pour reconnaître la qualité d'auteur aux créateurs d'œuvres collectives. Un grand nombre de créations « *produites dans le cadre de contrats de travail* »¹³²¹ peuvent être qualifiées d'œuvre collective¹³²². Il peut s'agir de « *dessin de l'aiguille trotteuse d'une montre ou de la poignée du levier de vitesse d'une nouvelle automobile, caractéristiques de telle ou telle ligne de prêt-à-porter, etc.* »¹³²³. Le recours au mécanisme de l'œuvre collective permet à l'investisseur à l'origine de la création de l'œuvre de bénéficier des droits de l'auteur¹³²⁴.

Lorsque qu'il y a plusieurs créateurs, il peut être dérogé à la règle selon laquelle les droits d'auteur bénéficient à l'auteur de l'œuvre de l'esprit¹³²⁵ s'il s'agit d'une œuvre collective¹³²⁶. L'article L. 113-2 CPI dispose que « *Est dite collective l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration*

¹³²⁰ Le critère du « degré de liberté du créateur » est issu d'une directive européenne du 13 octobre 1998 sur la protection juridique des dessins ou modèles, 98/71/CE

¹³²¹ Ch. ALLEAUME, « La titularité des droits d'auteur des salariés de droit privé (régime général) », *Droit et patrimoine*, n°147, avril 2006, p. 58 et suiv., spéc. p. 62

¹³²² La qualification d'œuvre collective est indépendante de l'existence d'un contrat de travail

¹³²³ Ch. ALLEAUME, *op. cit.* p. 62

¹³²⁴ Article L. 113-5 CPI. Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n°231 et suiv., p. 186 et suiv.

¹³²⁵ Article L. 111-1 al. 1 CPI : « *L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* ».

¹³²⁶ Art. L. 113-5 : « *L'œuvre collective est, sauf preuve contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée. Cette personne est investie des droits de l'auteur* ».



se fonde dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé ». La distinction entre œuvre collective et œuvre de collaboration, pour laquelle les créateurs restent propriétaires de leurs droits, n'est pas évidente¹³²⁷. L'œuvre de collaboration se distingue de l'œuvre collective en ce que « *la collaboration laisse intacte la création libre des auteurs : une telle œuvre implique le concours de personnes libres de leur force créatrice* »¹³²⁸. Dans certains cas, les juges ont recherché par le biais de plusieurs critères s'il s'agissait réellement d'une œuvre collective. Les critères déterminants seraient la « *fusion des apports dans un ensemble sans possibilité d'attribuer un droit distinct, ni de distinguer les apports* », « *le rôle du promoteur qui donne impulsion et directives, limitant ou supprimant la liberté créatrice des collaborateurs qui n'influencent pas la conception d'ensemble* ».¹³²⁹

266. La liberté de création parmi d'autres critères. Deux critères sont essentiellement reconnus : l'œuvre est « *créée à l'initiative et sous la direction d'un promoteur personne physique ou personne morale* », et « *la fusion des contributions [empêche] l'attribution aux participants de droits distincts sur l'ensemble* »¹³³⁰. Ces critères ne permettent cependant pas une distinction claire entre œuvre collective et œuvre de collaboration. L'œuvre collective est une notion difficile à cerner¹³³¹. Pour B. EDELMAN, ce qui permettrait de la reconnaître est « *l'aliénation de la force créatrice du sujet* ». Les auteurs d'œuvre de collaboration verraient donc leur création libre, et seraient propriétaire de cette force créatrice, tandis que les auteurs d'œuvre collective vendraient « *cette même force* »¹³³². Le travail de tous serait aliéné au profit d'un seul¹³³³. Selon cette théorie, le rôle du promoteur est éminent. Dans ce sens, les juges cherchent à prouver la prépondérance du rôle de la personne physique ou morale qui a eu l'initiative de la création lors de la création et de la diffusion de l'œuvre. Pour cela, la création doit être dirigée et la liberté de création des auteurs doit être encadrée¹³³⁴, et donc limitée. Dès lors, la liberté de création permettrait, entre autres caractéristiques¹³³⁵, de distinguer l'œuvre de collaboration, où la qualité d'auteur est

¹³²⁷ Voir B. EDELMAN, « Liberté et création dans la propriété littéraire et artistique », *Dalloz* 1970, chron. p. 197, n°4

¹³²⁸ B. EDELMAN, *op. cit.*, n°12

¹³²⁹ F. POLLAUD-DULIAN, « Architecture et droit d'auteur », *revue de droit immobilier*, 1990, p.431

¹³³⁰ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., Paris, 2012, n° 215, p. 213-214. Voir également B. EDELMAN, *op. cit.*

¹³³¹ J.-M. BRUGUIERE, *propriétés intellectuelles*, n° 41, octobre 2011, p. 393-394

¹³³² B. EDELMAN, « Liberté et création dans la propriété littéraire et artistique », *Dalloz* 1970, chron. p. 197, n°12, p. 199

¹³³³ *Ibid.*

¹³³⁴ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n° 232

¹³³⁵ Voir par exemple : CA Bordeaux, 28 juin 2010, 09/00413 : « *la forme donnée au modèle PRUS et l'agencement conféré à tous ses éléments réalisés exclusivement par [un salarié], avec une totale liberté de*



reconnue au créateur¹³³⁶, juridiquement, et l'œuvre collective, où la liberté de création des auteurs est trop encadrée pour que leurs droits soient reconnus, le droit d'auteur étant alors accordé à la personne morale, le plus souvent¹³³⁷. Ainsi, pour affirmer qu'un guide était une œuvre collective, le juge a relevé que le rédacteur « *ne dispose pas dans son exercice de la liberté créatrice propre à l'auteur dès qu'il est dit expressément que la sélection des nouvelles adresses se fait en accord avec le directeur du guide et que l'éditeur se réserve le droit de procéder à toute modification ou adaptation de ces notices dans la mesure qui lui paraîtrait nécessaire* »¹³³⁸. Certains auteurs soulignent l'absence de « *frontière nette* » entre les ces deux types d'œuvres¹³³⁹. Ainsi, il a été affirmé que les critères de l'œuvre collective ne peuvent en « *expliquer l'existence* »¹³⁴⁰ et ne peuvent non plus permettre de distinguer œuvre collective et œuvre de collaboration¹³⁴¹. Le degré de liberté de création laissé aux contributeurs est déterminant, puisque l'aliénation de la force créatrice de ceux-ci¹³⁴², « *a pour effet de faire perdre à ceux qui ont participé, la qualité d'auteur* »¹³⁴³. La création existe donc, mais ce ne sont pas ses créateurs qui se voient reconnaître comme « créateurs », ils sont de simples exécutants. Leur absence de liberté de création fait qu'ils ne sont pas créateurs. Il s'agit d'une construction juridique, dans la mesure où la personne qui est titulaire des droits d'auteur ne crée pas lui-même. Les contributeurs bénéficient cependant de leurs droits d'auteur sur leur propre contribution, que les auteurs peuvent exploiter séparément.

L'exemple en est donné par un arrêt rendu par la CA de Paris¹³⁴⁴. « *Une styliste avait contribué comme salariée à la création de sacs* ». Son contrat de travail stipulait une cession

création interdisaient de considérer qu'il avait participé à une œuvre collective ». De même, CA Douai, 27 octobre 2009, com. F. POLLAUD-DULIAN, *RTD com*, 2010, p. 105 : « *les indications données par l'architecte en chef sont restées au stade d'un concept qui a pris forme par le travail* » des architectes. « *Il n'est pas démontré que les interventions de l'architecte en chef aient entravé la liberté d'expression* » des architectes. Il ne s'agit donc pas d'une œuvre collective. Dans un arrêt du 1^{er} juillet 1970, la cour de cassation a affirmé que le contributeur à une œuvre collective « *aliène sa liberté d'auteur au profit d'une personne morale* » (cass. 1^{re} civ., 1^{er} juillet 1970, note B. EDELMAN, *Dalloz* 1970, jurispr. p. 769).

¹³³⁶ J. FOMETEU, « Recherches... infructueuses sur l'autonomie de l'œuvre collective », *RLDI*, novembre 2008, n°43, étude n°1431, p. 69 et suiv., spéc. p. 73 ; B. EDELMAN, *Dalloz*, 1970, jurisprudence p. 770

¹³³⁷ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n°231, p. 186

¹³³⁸ CA Paris, pôle5, ch. 1, 18 mai 2011, cité par J.-M. BRUGUIERE, *propriétés intellectuelles*, n° 41, octobre 2011, p. 393-394

¹³³⁹ A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., Paris, 2006, n°206, p.176

¹³⁴⁰ J. FOMETEU, *op. cit.* p. 70

¹³⁴¹ Th. HASSLER, com. de CA Paris, 5 novembre 2010, « Quelques propos, sans illusions, suggérant une clarification des critères de l'œuvre collective », *RLDI*, avril 2011, n°70, act. n°2305, p. 34 et suiv., spéc. p. 35

¹³⁴² Critère dégagé par B. EDELMAN, « Liberté et création dans la propriété littéraire et artistique », *Dalloz* 1970, chron. p. 197 ; en jurisprudence : Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juillet 1970, com. B. EDELMAN, *Dalloz*, 1970, jurisprudence p. 770

¹³⁴³ J. FOMETEU, « Recherches... infructueuses sur l'autonomie de l'œuvre collective », *RLDI*, novembre 2008, n°43, étude n°1431, p. 69 et suiv., spéc. p. 73

¹³⁴⁴ CA Paris, 5 novembre 2010, com. Th. HASSLER, « Quelques propos, sans illusions, suggérant une clarification des critères de l'œuvre collective », *RLDI*, avril 2011, n°70, act. n°2305, p. 34 et suiv.



des droits au profit de son employeur. Les droits d'auteurs sont revenus à l'employeur dans la mesure où il s'agissait d'une œuvre collective, selon les critères mis en œuvre. Les juges ont ainsi retenu que l'initiative de la création était le fait de l'employeur, la divulgation des créations également. Ils ont de plus constaté que la « *contribution se fonde dans un ensemble d'apports* », dans la mesure où l'employée n'a pas maîtrisé la création de ces sacs de bout en bout. Th. HASSLER suggère que, pour déterminer qu'il s'agit bien d'une œuvre collective, la liberté de création « *amputée par des ordres affectant très précisément le processus de création et/ou par le respect d'un cahier des charges et/ou l'existence d'un chef de projet* »¹³⁴⁵ des contributeurs et le travail parcellaire¹³⁴⁶ soient les critères déterminants.

De même, une œuvre a été dite collective dans l'hypothèse où les images créées par l'employé constituaient « *un matériau préparatoire élaboré dans le cadre d'une prestation technique exécutée selon des prescriptions suffisamment contraignantes pour que la liberté de création de l'auteur ne puisse s'exprimer* »¹³⁴⁷.

Les juges ont été encore plus loin dans la mesure où la liberté de création restreinte des contributeurs leur a permis, non seulement d'affirmer qu'il s'agissait d'une œuvre collective, mais en a de plus déduit que la personne morale, titulaire des droits d'auteur, devait être protégée « *pour son style* ». Cette dérive est cependant dangereuse pour E. KAHN¹³⁴⁸.

A contrario, lorsque les créateurs salariés n'ont pas été privés de leur liberté de création, même s'ils se sont « *conformés à certaines contraintes et instructions* », ils sont considérés comme les auteurs de l'œuvre¹³⁴⁹. On constate cependant que ces contraintes et directives sont facilement assimilées à une liberté de création insuffisante, faisant prévaloir la qualification d'œuvre collective lorsque la création est salariée¹³⁵⁰. F. POLLAUD-DULIAN a donc estimé que « *le critère de la liberté de création est important mais si l'on ne veut pas priver de sens et d'utilité le principe fondamental posé à l'article L. 111-1 al. 3, il ne doit pas suffire à évincer l'auteur salarié au profit de l'entreprise qui l'emploie, par le biais de la qualification*

¹³⁴⁵ Th. HASSLER, « Quelques propos, sans illusions, suggérant une clarification des critères de l'œuvre collective », *RLDI*, avril 2011, n°70, act. n°2305, p. 34 et suiv.. Il ne fait pas référence à une totale négation de la liberté de création mais à un « *processus créatif limité du contributeur* ».

¹³⁴⁶ Voir notamment CA Bordeaux, 1^{re} ch. civ., 28 juin 2010

¹³⁴⁷ TGI Nanterre, 1^{re} ch., A, 26 novembre 1997

¹³⁴⁸ E. KAHN, « Un an de droit de la mode », *com. com. électr.*, n°9, septembre 2011, chron. 8, n°8

¹³⁴⁹ A propos d'une façade : CA Douai, 27 octobre 2009 F. POLLAUD-DULIAN, « Œuvre d'architecture. Qualité d'auteur. Originalité », *RTD com.*, 2010, p. 105. Voir également l'arrêt du 13 novembre 1973 (cass. 1^{re} civ.), *com. Dalloz* 1974, p.533 : affaire Guino/ Renoir : « *lesdites sculptures étaient des œuvres de collaboration et non des œuvres collectives* ».

¹³⁵⁰ F. POLLAUD-DULIAN, *com. de cass.* 1^{re} civ 12 janvier 2012 et CA Paris, 14 septembre 2012, « Œuvres collectives auteur salarié », *RTD com.*2013, p. 764



d'œuvre collective »¹³⁵¹. Or désormais, la catégorie des œuvres collective s'étend par l'application qu'en fait la jurisprudence¹³⁵².

La liberté de création est également un critère légal permettant de déterminer si son producteur peut ou non bénéficier des droits des dessins et modèles (B).

B) La liberté de création, critère de protection en droit des dessins et modèles

267. Le rôle de la liberté de création dans la protection. La nouveauté n'est plus le seul critère en droit des dessins et modèles¹³⁵³. En effet, le caractère propre¹³⁵⁴ est apprécié en fonction du degré de liberté du créateur. La liberté de création permet donc, objectivement, de déterminer s'il y a création ou non.

Il faut néanmoins préciser que la liberté de création n'est pas uniquement garantie par l'article L. 511-4 CPI. La référence à l'utilisateur averti¹³⁵⁵ a également une influence sur l'appréciation de la liberté de création.

268. Intérêt du recours à la liberté de création. La prise en compte du degré de liberté du créateur présente l'intérêt de permettre une protection adaptée au type de création. Ainsi, la prise en compte de la liberté de création est favorable aux designers, « *qui ont toujours fait valoir que les contraintes fonctionnelles, techniques et même commerciales qui leur sont imposées limitent leurs possibilités de création et que l'existence d'un patrimoine important de formes réduit leur marge de liberté pour individualiser le nouveau modèle* »¹³⁵⁶.

269. La référence à la liberté de création dans la loi. est issue de l'article L. 511-4 CPI¹³⁵⁷ qui dispose qu'« *un dessin ou modèle a un caractère propre lorsque l'impression visuelle d'ensemble qu'il suscite chez l'observateur averti diffère de celle produite par tout dessin ou modèle divulgué avant la date de dépôt de la demande d'enregistrement ou avant la date de priorité revendiquée. Pour l'appréciation du caractère propre, il est tenu compte de la liberté laissée au créateur dans la réalisation du dessin ou modèle* ».

¹³⁵¹ *Ibid.*

¹³⁵² *Ibid.*

¹³⁵³ Voir F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, éd. Economica, 2011, p. 555, n°1026 et suiv.

¹³⁵⁴ Article L. 511-2 CPI : « *Seul peut être protégé le dessin ou modèle qui est nouveau et présente un caractère propre* ».

¹³⁵⁵ Article L. 511-4 CPI

¹³⁵⁶ W. DUCHEMIN, «Intérêt et limites du nouveau système de protection des dessins et modèles en Europe », *propriétés intellectuelles*, octobre 2002, n°5, p. 10 et suiv., spéc. p. 13

¹³⁵⁷ Issu de l'ordonnance n°2001-670 du 25 juillet 2001 (cette référence à la liberté de création n'est pas reprise dans la contrefaçon : article L. 513-5 CPI)



270. Précisions apportées par la directive et le juge communautaires. Les juges communautaires précisent que les « *contraintes liées aux caractéristiques imposées par la fonction technique du produit ou d'un élément du produit, ou encore des prescriptions légales applicables au produit* » sont prises en compte pour déterminer le degré de liberté du créateur, dans la mesure où « *ces contraintes conduisent à une normalisation de certaines caractéristiques, devenant alors communes aux dessins ou modèles appliqués au produit concerné* »¹³⁵⁸.

Ces contraintes s'apprécient donc par rapport à un produit. La directive communautaire à l'origine de critère, précise en effet que cela implique de prendre en compte la « *nature du produit* » et le « *secteur industriel dont il relève* »¹³⁵⁹.

Cette référence à la liberté de création existe surtout en droit communautaire, et n'est pas fréquente en jurisprudence française¹³⁶⁰. Les juges ont également fait référence à « *la classe de produits au sein de laquelle le dessin ou modèle lui-même est destiné à être incorporé* »¹³⁶¹. Par exemple, à propos de « pogs », la CJUE a relevé que « *la liberté du créateur était « sérieusement restreinte », notamment dans la mesure où celui-ci devait intégrer dans son dessin ou modèle les caractéristiques communes des produits en cause* »¹³⁶². Cependant en l'espèce, les « pogs » ont nécessairement une forme circulaire. De plus, et prenant alors en compte le marché du produit en cause, « *la liberté du créateur était également limitée par la nécessité qu'il s'agisse d'articles peu onéreux, répondant à des normes de sécurité pour les enfants et pouvant être joints aux produits dont ils assurent la promotion* »¹³⁶³. Pour J.-P. GASNIER, la prise en compte du marché auquel la création est

¹³⁵⁸ Trib. UE, 5e ch., 18 mars 2010, aff. T-9/07, Grupo Promer Mon Graphic SA c/ OHMI, Pepsico Inc. intervenante (recours formé contre OHMI, 3e ch. recours, 27 oct. 2006, aff. R 1001/2005-3), 67 : <http://curia.europa.eu.com>. J.-P. GASNIER, « Qu'est-ce qu'un « conflit avec un dessin ou modèle antérieur » ? Le Tribunal de l'Union européenne répond », *propriété industrielle*, n°6, p. 36, com.42 ; « Biens », *JCP E*, n° 15, 15 Avril 2010, n° 1343

¹³⁵⁹ Directive 98/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1998 sur la protection juridique des dessins et modèles, considérant n°13.

¹³⁶⁰ P. DE CANDE, chron. *Propriétés intellectuelles* n°41, octobre 2011, p. 433, à propos de CA Paris, pôle 5, ch. 2, 24 juin 2011

¹³⁶¹ OHMI, 3e ch. rec., 17 avril 2008, aff. R 860/2007-3, Wuxi Kipo Power Co., Ltd., (titulaire, appellant) c/ Honda Giken Kogyo Kabushiki Kaisha (demanderesse à la nullité, intimée), concerne la demande en nullité ICD 2178, DMC 171178-0004 : www.oami.europa.eu/ com. J.-P. GASNIER, « Définir l'utilisateur averti : c'est la classe ! », *propriété industrielle*, n°2, février 2009, com. 14

¹³⁶² CJUE, 20 octobre 2011, point n°25

¹³⁶³ Trib. UE, 5e ch., 18 mars 2010, aff. T-9/07, Grupo Promer Mon Graphic SA c/ OHMI, Pepsico Inc. intervenante (recours formé contre OHMI, 3e ch. recours, 27 oct. 2006, aff. R 1001/2005-3), 70 : <http://curia.europa.eu.com>. J.-P. GASNIER, « Qu'est-ce qu'un « conflit avec un dessin ou modèle antérieur » ?



destinée est « *conforme à la finalité des dessins ou modèles* »¹³⁶⁴. Elle permet en tout cas d'utiliser le droit de propriété intellectuelle comme un outil de concurrence adapté au secteur en cause.

En revanche, confirmant la décision du tribunal, la CJUE a estimé que les similitudes constatées entre les modèles ne résultaient pas d'une restriction de la liberté du créateur¹³⁶⁵.

Cette appréciation est « de fait », l'évaluation du degré de liberté du créateur est opérée par le Tribunal.

271. Application par les juges français. S'agissant de la jurisprudence française, une Cour d'appel a appliqué les critères d'utilisateur averti et de degré de liberté du créateur dans un arrêt du 24 juin 2011¹³⁶⁶. L'utilisateur averti était celui fréquentant le salon dans lequel le modèle était exposé, ce qui *a priori* était favorable à la liberté de création, dans la mesure où il s'agit alors d'un public susceptible de percevoir des différences faibles. Ensuite, les juges ont estimé que « *les similitudes concernent des éléments pour lesquels le créateur disposait, comme le montrent les brochures de multiples abris de piscines produites, d'une liberté d'élaboration et que, de ce fait, ces similitudes retiendront l'attention de l'utilisateur* »¹³⁶⁷.

La liberté de création a également été invoquée par les juges en droit d'auteur pour déterminer si un auteur, l'exécutant de l'œuvre pouvait être qualifié d'auteur et donc bénéficier des droits de propriété intellectuelle (C).

C) En droit d'auteur

272. Guino contre Renoir. Dans un arrêt du 13 novembre 1973, la cour de cassation a fait de la liberté de création un critère du droit d'auteur, afin de considérer que Guino était un des auteurs des sculptures qu'il avait effectuées sous les directives de Renoir.

Le Tribunal de l'Union européenne répond », *propriété industrielle*, 2010 n°6, p. 36, com.42 ; « Biens. Panorama de jurisprudence », *JCP E*, n° 15, 15 Avril 2010, n° 1343

¹³⁶⁴ J.-P. GASNIER, « Qu'est-ce qu'un « conflit avec un dessin ou modèle antérieur » ? Le Tribunal de l'Union européenne répond », *propriété industrielle*, 2010 n°6, p. 36, com.42, n°3. Dans le sens contraire, il cite : CA Londres, 23 avr. 2008, Green Lane Products c/ PMS International Group PLC : www.oami.europa.eu

¹³⁶⁵ « Biens. Panorama de jurisprudence », *JCP E*, n° 15, 15 Avril 2010, n° 1343

¹³⁶⁶ CA Paris, pôle 5, ch. 2, 24 juin 2011, obs. P. DE CANDE, *chron. Propriétés intellectuelles* n°41, octobre 2011, p. 433

¹³⁶⁷ *Ibid.*



Celui-ci s'est vu reconnaître la qualité d'auteur, car pour la cour, reprenant les arguments des juges du fond, « *Guino n'avait pas été un simple modelleur qui n'aurait pas fait un geste sans une indication de Renoir* », « *il travaillait seul pendant des heures parfois même loin de Renoir, (...) ainsi que l'avait indiqué l'expert, la comparaison des tableaux de Renoir et des sculptures litigieuses révélait que certaines attitudes, certaines expressions avaient été acceptées et non dictées par Renoir et marquaient « l'empreinte du talent créateur personnel de Guino » et enfin (...) les sculptures « auraient été autres si elles avaient été l'œuvre du seul Renoir »* ». La cour, relevant que ces énonciations « *ne comportent aucune appréciation du mérite des œuvres* », affirme que Guino a conservé « *sa liberté de création* » lors de l'exécution des sculptures « *en coopération avec Renoir* » et a donc acquis un droit distinct, en qualité de coauteur¹³⁶⁸. M-C. MANIGNE en a déduit que la liberté était ce qui permettait de distinguer œuvre collective et œuvre de collaboration¹³⁶⁹.

Le recours à la liberté de création comme critère du droit d'auteur se pose plus particulièrement aujourd'hui en raison du dévoiement de la notion d'originalité.

273. La liberté du créateur, plus adaptée aujourd'hui que le recours à l'originalité, empreinte de la personnalité de l'auteur ? Les juges ne se réfèrent pas qu'à l'originalité de l'œuvre pour déterminer si elle est protégeable ou non. De plus, celle-ci semble difficilement pouvoir être adaptée lorsqu'il ne s'agit pas d'une création purement artistique ou littéraire. La question du véritable critère du droit d'auteur a été soulevée par O. LALIGANT. Il souligne que plusieurs critères ont été suggérés par la jurisprudence : l'arbitraire de l'auteur ou l'apport¹³⁷⁰. Cependant retenir l'apport comme critère est critiquable, dans la mesure où il existe un seuil pour que l'apport soit protégeable. Ainsi, le TGI de Paris a affirmé à propos des modifications apportées aux personnages de Louis Forton, les pieds nickelés, que « *l'apport créatif ne saurait se réduire à la taille d'un nez ou à l'épaisseur d'une barbe* ». Les juges ajoutent que celui qui revendique un droit sur sa création, lorsqu'elle constitue une œuvre composite d'une œuvre tombée dans le domaine public, doit « *caractériser l'apport respectif de chaque dessinateur (...) par rapport aux personnages initiaux* ». Il ne suffit pas d' « *évoquer quelques différences sans jamais préciser*

¹³⁶⁸ Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 1973, com. de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 9 juillet 1971 (arrêt reproduit à la RIDA LXXVI, avril 1973, p. 160) et la cour de cassation, X. DAVERAT, « Informatique, communication et créations immatérielles : chronique n°XVII (1^{re} partie), petites affiches, 15 mars 2002, n°54, p. 4 et suiv., spéc. p. 4 ; C. COLOMBET, *Dalloz* 1974, 2, p. 533 ; *JCP* 1975 II, 18029, obs. M.-C. MANIGNE.

¹³⁶⁹ M.-C. MANIGNE, obs. sous cass. 1^{re} civ., 13 novembre 1973, *JCP* 1975 II, 18029

¹³⁷⁰ O. LALIGANT, *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999, n° 95 et suiv.



ni détailler les caractéristiques essentielles des dessins de ces successeurs ». Elle en conclut que « *le caractère protégeable de l'œuvre opposée [était] insuffisamment démontré, l'action en contrefaçon de droits d'auteur ne peut pas prospérer* »¹³⁷¹.

L'effort intellectuel¹³⁷² ne peut pas non plus être retenu comme critère du droit d'auteur. En effet, il s'agit d'une formulation trop large et imprécise par rapport au domaine concerné¹³⁷³ et ne permet pas de distinguer le travail de la création.

Pour O. LALIGANT, le vrai critère est la création¹³⁷⁴. Il semble plus exact de considérer qu'il s'agit de la liberté de création, même s'il semble *a priori* que la création nécessite la liberté. La liberté implique, au-delà de la simple exécution, des choix. Elle permet en effet de distinguer ce qui est création et donc protégeable du simple savoir-faire ou de la copie.

La liberté de création serait alors protégée dans la mesure où c'est ce que protègent les droits d'auteur.

Cela montre que la liberté de création est non seulement un cadre, une finalité de la propriété intellectuelle, mais aussi que seuls ceux qui bénéficient d'une certaine forme de liberté dans la création peuvent se prévaloir de telles règles protectrices.

Il faut néanmoins préciser que la Cour de justice de l'union européenne s'est référée implicitement à la liberté de création, la personnalité de l'auteur se manifestant dans cette création, résultat de la liberté de l'auteur, comme, semble-il, l'application de ce qui existe en droit d'auteur français. Ainsi, à propos d'une photographie susceptible d'être protégée par le droit d'auteur, les juges ont affirmé que le juge national devait vérifier « *qu'une telle photographie soit une création intellectuelle de l'auteur reflétant la personnalité de ce dernier et se manifestant par les choix libres et créatifs de celui-ci lors de la réalisation de cette photographie* »¹³⁷⁵.

¹³⁷¹ TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 1er juillet 2011, Soc. Publications Georges Ventillard c/ Soc. Guy Delcourt Productions et Syndicat national de l'édition (SNE), com. Ph. MOURON, « Les nouvelles tribulations juridiques des *Pieds nickelés* », *RLDI*, octobre 2011, n°75, act. n°2475, p. 14 et suiv., décision p. 20

¹³⁷² O. LALIGANT, *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999, n° 176 et suiv.

¹³⁷³ O. LALIGANT, *op. cit.*, n° 178

¹³⁷⁴ O. LALIGANT, *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999

¹³⁷⁵ CJUE, 3^e ch., 1^{er} décembre 2011, point 94 com. J. ANTIPPAS, « Liberté, créativité, égalité, devise de la Cour de justice de l'UE en matière d'œuvres intellectuelles ? », *Légipresse* n°292, mars 2012, p. 161 et suiv.



Dernièrement, la CJUE s'est référée à la « liberté de création » comme critère pour déterminer si une base de données pouvait être protégée par le droit d'auteur¹³⁷⁶.

274. Conclusion du chapitre. La nécessité d'une création est également une condition pour qu'un équilibre existe entre création et création future. En plus de devoir répondre à certaines conditions pour être considérées comme des œuvres de l'esprit, inventions, dessins ou modèles protégeables, marques..., les créations doivent résulter d'une certaine liberté. Ainsi, s'il est évident que la reproduction à l'identique est sanctionnée, la copie trop proche de l'original sera également considérée comme contrefaisante. L'étendue de la protection et donc de la liberté des futurs créateurs est adaptée aux différents types de création : les critères ne sont pas les mêmes pour les œuvres, les dessins ou modèles, les brevets ou les marques. Ainsi, il apparaît que, conformément à la liberté de création, l'utilisation d'une marque, hors de sa fonction, est tolérée. Cependant, le risque de confusion est pour ces créations pris en compte, en raison de sa fonction d'identification. Le droit détenu par le titulaire de la marque n'est plus considéré comme un droit absolu. De nombreux auteurs se méfient néanmoins du recours à des instruments de concurrence, comme la concurrence déloyale ou le parasitisme, qui risquent de déséquilibrer la balance des intérêts des créateurs et futurs créateurs. Le rôle des juges est alors déterminant, dans la mesure où l'étendue de la protection et l'éventuelle contrefaçon ou concurrence déloyale est étudiée au cas par cas.

La liberté de création peut être réduite, mais lorsqu'elle est insuffisante, la protection n'est pas accordée à celui qui a exécuté la création. C'est ce qui semble être retenu pour l'octroi des droits à une personne morale, à l'origine d'une œuvre dite collective. Le recours à cette notion est cependant critiqué. La liberté de création est devenue également un critère d'octroi des droits de propriété intellectuelle, complétant, en droit des dessins et modèles, le critère classique de nouveauté. Il est également utilisé en droit d'auteur, par les juges français et, récemment, européens. Elle a permis alors d'apprécier ce qu'il fallait considérer comme « original » dans une création pour laquelle ce critère est difficile à apprécier.

¹³⁷⁶ CJUE, 3^e ch., 1^{er} mars 2012, affaire C-604/10, consultable sur <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d57d81eee896014e129d21ebe6ee410504.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Oa3yKe0?text=&docid=119904&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1311276>, le 19 décembre 2012 : voir *supra*, n° 133



275. Conclusion du sous-titre. La protection des créations est limitée dans le temps, et conditionnée à l'existence de la liberté des créateurs, afin de permettre la création future.

La première limite est la durée temporaire de la protection par un droit de propriété intellectuelle. Ainsi, les futurs créateurs peuvent utiliser les créations après un certain délai, sans pouvoir eux-mêmes s'approprier ce qui est dans le fonds commun. La durée de protection est adaptée au type de création. Elle est plus courte pour des créations techniques, pour permettre un retour sur investissement tout en favorisant l'essor de nouvelles inventions. La durée de protection en droit des marques peut être infinie, puisque la protection est infiniment renouvelable, mais il existe des mécanismes permettant de limiter la protection, lorsque la marque n'est pas utilisée ou ne remplit plus son rôle. L'équilibre ainsi réalisé au sein des droits de propriété intellectuelle est contredit par le recours à d'autres droits, résultant du respect de la libre concurrence.

En plus de la durée, les créations ne peuvent être protégées que si les créateurs ont bénéficié d'une certaine liberté de création. Cela exclut la copie. De même que la durée, l'étendue de la protection est adaptée aux créations, notamment en raison de la fonction de ces créations, pour les créations techniques. Les marques également font l'objet de restrictions en raison de leurs fonctions. La détermination de ce qui peut être considéré comme une création ou au contraire une contrefaçon résulte d'une étude au cas par cas par les juges lors de litiges. Le recours exprès à la liberté de création permet également d'ajuster l'étendue de la protection. Elle a été incluse dans les conditions d'octroi du droit des dessins et modèles, elle est également recherchée par les juges en droit d'auteur.

L'équilibre ainsi réalisé est complété par d'autres restrictions, favorisant la liberté de création.



SOUS-TITRE 2 : LA LIBERTE DE CREATION A PARTIR D'UNE CREATION PROTEGEE

276. D'autres limites, liées à la finalité des droits en question, favorisent également la liberté de création.

Les droits de propriété intellectuelle comprennent des règles spécifiques, intégrées comme exceptions aux droits de propriété intellectuelle, en particulier au droit d'auteur, visant à faire respecter les droits des tiers, lorsque leurs intérêts prévalent sur les droits des créateurs. Quelques-unes de ces exceptions sont favorables à la liberté de création, permettant aux futurs créateurs d'utiliser sous certaines conditions les créations protégées. Ces exceptions sont consacrées par la loi¹³⁷⁷.

Ces exceptions sont justifiées par la finalité de ces créations. Ainsi, l'utilisation de certaines créations à caractère purement technique, peut être facilitée afin de favoriser la création de nouvelles inventions, de nouveaux modèles (chapitre 1). Ces exceptions sont complétées par les juges.

De même, les exceptions en droit d'auteur sont spécifiques, et issues principalement de la liberté d'expression. Il ne faut en effet pas oublier que l'intérêt général domine, et que si l'intérêt des créateurs est de pouvoir créer, à partir d'autres créations également, le public auquel ces créations sont destinées profitent également de la liberté des créateurs. Certaines exceptions du droit d'auteur ne sont favorables qu'au public, dans la mesure où elles résultent uniquement de la liberté d'expression et de son corollaire le droit du public à l'information, comme l'exception pédagogique. La copie privée n'a également pas d'incidence sur la liberté de création, elle est issue de « *l'impossibilité pratique d'appliquer le monopole* »¹³⁷⁸. D'autres exceptions, sont à la fois favorables à la liberté d'expression, mais aussi à la liberté de création, comme la citation, la parodie, l'analyse. La création alors permise constitue alors bien une manifestation de la liberté de création (chapitre 2).

¹³⁷⁷ Voir néanmoins la théorie de l'accessoire, qui peut être considérée non comme une exception, mais comme une limite, voir *infra* n° 517

¹³⁷⁸ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2009, 2^e édition, p. 294, n° 350



CHAPITRE 1 : L'UTILISATION D'UNE CREATION PROTEGEE PAR UN DROIT DE PROPRIETE INDUSTRIELLE

277. Dans certaines hypothèses, le législateur a prévu une plus grande liberté de réutilisation d'une création protégée, dans la mesure où les créateurs ont la possibilité de créer à partir de créations qui font l'objet d'une protection, qui ne font pas partie du fonds commun. La loi permet dans certains domaines, en particulier techniques, d'utiliser les inventions ou variétés protégées, favorisant ainsi la création. Dans ces hypothèses, les droits de leurs titulaires sont limités, puisqu'ils ne s'étendent pas à ces actes. Ces manifestations de la liberté de création (section 1) sont encadrées. En plus de celles-ci, une « exception de parodie » a émergé (section 2).

Section 1 : Les manifestations de la liberté de création prévues par les droits de propriété industrielle

278. L'accord du titulaire du droit sur la création préexistante est normalement nécessaire au créateur pour l'utiliser. Cependant, dans certains cas, la liberté de création prime. Elle est plus ou moins limitée selon l'objet de protection. A cet égard, il faut également préciser que le droit des marques n'empêche pas la reproduction du signe lorsqu'il est utilisé hors du champ du droit des marques, dans la mesure où les droits de son titulaire sont limités par la fonction de la marque. Il est en effet possible de reproduire une marque dans une œuvre, sans qu'il y ait contrefaçon¹³⁷⁹. Il semble que l'utilisation d'une marque hors de sa fonction devrait être libre.

Il existe d'autres atténuations, qui résultent de la volonté d'inciter à la création. Ainsi, en droit des dessins et modèles, les concurrents peuvent créer des modèles interopérables avec des modèles protégés¹³⁸⁰ (§ 1), notamment à des fins de libre concurrence. Il s'agit d'une limite à l'appropriation d'une partie des créations. L'élément permettant au produit d'être raccordé à un autre est librement reproductible. Les nouvelles créations apporteront soit de nouvelles possibilités, soit pourront éventuellement remplacer des créations existantes. La liberté de la création n'est donc qu'un aspect de cette limite. De plus, l'exception de recherche en droit des

¹³⁷⁹ M. VIVANT, « Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », *JCP E*, n°22, 3 juin 1993, act. 251, n°6 : notamment la marque Suze reproduite par Picasso dans La bouteille de Suze, la marque Michelin reproduite dans ses photos par Lartigue...

¹³⁸⁰ C. BERNAULT, J.-P. CLAVIER, *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, ellipses, 2008, p. 230



brevets est permise (§ 2). Elle est strictement encadrée, faisant prévaloir largement les droits du titulaire du brevet. Le droit des obtentions végétal est plus favorable à la réutilisation de création couverte par un certificat d'obtention végétal (§ 3), tout comme le droit des topographies de produits semi-conducteurs (§ 4).

§ 1 : L'interopérabilité en droit des dessins et modèles

279. La liberté de créer des produits compatibles. L'interopérabilité permet la création de modèles en droit des dessins et modèles qui peuvent fonctionner avec les produits des concurrents. Afin de permettre une concurrence plus saine¹³⁸¹, les éléments qui permettent la compatibilité entre les pièces, sont rendus accessibles par des dispositions spécifiques. Les éléments permettant l'interconnexion, dont la nature est essentiellement fonctionnelle¹³⁸², ne sont pas protégeables (A). Il s'agit en particulier des « *raccords des pièces de rechange* », notamment automobiles¹³⁸³. Ces éléments permettant le raccordement avec les créations existantes peuvent donc être reproduits par les concurrents. Cela est favorable à la création, puisqu'en évitant le cloisonnement du marché, les concurrents peuvent y accéder en étant libre de créer des produits compatibles. Cependant, certains produits, les produits modulaires comme les briques Lego sont protégés (B).

A) La règle

280. La liberté de créer de nouveaux modèles en copiant les éléments nécessaire à l'interopérabilité. La disposition relative à l'interopérabilité permet aux concurrents de fabriquer des produits qui peuvent être raccordées à ceux de leurs concurrents, en limitant la protection par le droit des dessins et modèles. La forme et la dimension de ces modèles « *sont conçues pour s'adapter exactement à un autre produit de manière à ce que chacun puisse remplir sa fonction* »¹³⁸⁴. Elle est indispensable à l'assemblage de produits et à leur fonctionnement¹³⁸⁵. Elles ne sont pas protégeables. Cela doit permettre une libre

¹³⁸¹ J. HUET, « *Le reverse engineering*, ou ingénierie inverse, et l'accès aux interfaces dans la protection des logiciels en Europe : questions de droit d'auteur et de droit de la concurrence », *Dalloz*, 1990, p. 99

¹³⁸² J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 2^e éd., 2009, n° 716, p. 957 ; F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, 2010, n° 1009, p. 541

¹³⁸³ J. PASSA, *op. cit.* n° 713 : la commission en 1991 visait également les pièces détachées « *d'appareils ménagers* », de « *biens de l'électronique grand public* »...

¹³⁸⁴ W. DUCHEMIN, « Modifications de la protection des dessins et modèles à la suite de la transposition de la directive dans le droit national », *Droit et Patrimoine*, 2002, dossier, p. 100

¹³⁸⁵ F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, 2010, n° 1009, p. 540



concurrence¹³⁸⁶, et également favoriser la création, puisque les créateurs sont libres de créer des modèles compatibles avec ceux de leurs concurrents. En revanche, seuls les éléments nécessaires au raccord mécanique peuvent être copiés¹³⁸⁷. Cette exception vise « *un dessin ou modèle qui a pour objet de permettre des assemblages ou connexions multiples à des produits qui sont interchangeables au sein d'un ensemble conçu de façon modulaire* »¹³⁸⁸. Elle est posée par l'article L. 511-8 CPI¹³⁸⁹. Cette limite à l'appropriation d'un modèle ne s'applique pas lorsque la forme de celui-ci est brevetée.

281. La reproduction de ces éléments ne constitue ni une contrefaçon, ni un acte de concurrence déloyale. La reproduction de ces éléments d'interconnexion, non protégeables, ne constitue pas non plus un acte de concurrence déloyale¹³⁹⁰. En effet, la cour de cassation a affirmé que, en l'absence de confusion, « *la recherche de la compatibilité entre les produits (...) ne constituait pas en elle-même, en l'absence de droit privatif au profit de celle-ci sur la partie litigieuse des objets en cause, un acte de concurrence déloyale* »¹³⁹¹. La seconde société est donc libre de créer ses propres produits, compatibles avec les produits d'une autre marque. Ce qui a été pris en compte, c'est que cela est favorable aux consommateurs¹³⁹².

¹³⁸⁶ C. BERNAULT, J.-P. CLAVIER, *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, ellipses, 2008, p.232 ; F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.* n°1009, p. 541 ; PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 2^e éd., 2009, n°713, p. 953

¹³⁸⁷ J. PASSA, *op. cit.* n°714, p. 954. Voir les difficultés que cela occasionne pour les pièces de carrosseries : n°715

¹³⁸⁸ Article L. 511-8 2° CPI

¹³⁸⁹ Article L. 511-8 CPI : (Ord. n° 2001-670 du 25 juill. 2001) « *N'est pas susceptible de protection : 1° L'apparence dont les caractéristiques sont exclusivement imposées par la fonction technique du produit ; 2° L'apparence d'un produit dont la forme et la dimension exacte doivent être nécessairement reproduites pour qu'il puisse être mécaniquement associé à un autre produit par une mise en contact, un raccordement, un placement à l'intérieur ou à l'extérieur dans des conditions permettant à chacun de ces produits de remplir sa fonction.*

Toutefois, un dessin ou modèle qui a pour objet de permettre des assemblages ou connexions multiples à des produits qui sont interchangeables au sein d'un ensemble conçu de façon modulaire peut être protégé ».

Voir également l'article 7 de la Directive européenne du 13 octobre 1998.

¹³⁹⁰ Cass. com. 29 mars 1994, bull. civ. IV, n°125

¹³⁹¹ Cass. com., R., 29 mars 1994, n°92-12.210, Sté Lego ; Y. SERRA, « Il n'y a pas acte de concurrence déloyale, en l'absence d'un risque de confusion, lorsque des produits possèdent des dispositifs identiques », *Dalloz*, 1995, p. 209 ; « Concurrence déloyale. — Éléments constitutifs (non) », *JCP G*, n° 26, 29 Juin 1994, somm. 1452

¹³⁹² Y. SERRA, *comm. cass. com.*, R., 29 mars 1994, n°92-12.210, « Il n'y a pas acte de concurrence déloyale, en l'absence d'un risque de confusion, lorsque des produits possèdent des dispositifs identiques », *Dalloz*, 1995, p. 209. L'auteur cite dans le même sens : *cass. com.*, 7 mars 1989, n°87-18.941, *Bull. civ. IV*, n° 77 ; Y. SERRA, « La recherche d'une normalisation ne constitue pas un acte de concurrence déloyale », *Dalloz* 1990, somm. p. 76 : à propos de bacs en matière plastique destinés à la manutention du poisson. Il s'agit ici d'une politique commerciale de normalisation des produits, qui permet l'utilisation indifférenciée des différents bacs. Elle ne peut être considérée comme une pratique déloyale fautive.



282. Limite. La concurrence déloyale ne sera reconnue que s'il existe un risque de confusion sur l'origine des pièces¹³⁹³. La reprise de ces éléments est largement tolérée puisque cette confusion ne peut être due à l'utilisation des mêmes couleurs, lorsqu'elles sont « *communément utilisées par les fabricants de jouets de construction pour enfants, lesdites couleurs étant susceptibles d'être facilement reconnues par ce jeune public* »¹³⁹⁴.

La non-protection de ces éléments d'interconnexion n'est pas étendue aux produits modulaires, comme les briques Lego.

B) L'exception : lego

283. Elle résulte de la directive du 13 octobre 1998¹³⁹⁵, qui tout en excluant les modèles d'interconnexion de la protection, fait une exception pour les dispositifs d'interconnexion ayant « *pour objet de permettre l'assemblage ou la connexion multiples de produits interchangeables à l'intérieur d'un système modulaire* », tels que le « Lego » ou encore les éléments de rangement modulaires, les mobiliers emboîtables, les pièces d'échafaudage¹³⁹⁶. Cette exception a été baptisée « *amendement Lego* »¹³⁹⁷ ou « *clause Lego* »¹³⁹⁸ en raison de la capacité de lobbying du secteur industriel concerné. Cette exception est purement économique¹³⁹⁹. Elle a cependant été également justifiée pour V. SCORDAMAGLIA, parce que certains dessins et modèles ont des mérites qui doivent être reconnus¹⁴⁰⁰. Il semble ici que la protection est plus due à l'originalité des modèles, l'auteur faisant référence à un « *emboîtement caractéristique* ». F. POLLAUD-DULIAN estime que

¹³⁹³ Cass. com. 29 mars 1994, bull. civ. IV, n°125; J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 2^e éd., 2009, n°717, p. 959

¹³⁹⁴ CA Paris 18 octobre 2000, com. J. PASSA, « Première réfutation de la notion de parasitisme économique », *Dalloz*, 2001, p. 850 ; *PIBD* 2001, n°721, III, 297

¹³⁹⁵ Directive 98/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1998 sur la protection juridique des dessins ou modèles : l'article 7 de la directive relatif aux dessins ou modèles imposés par leur fonction technique et dessins ou modèles d'interconnexions dispose que : « (...) 2. *L'enregistrement d'un dessin ou modèle ne confère pas de droits sur les caractéristiques de l'apparence d'un produit qui doivent nécessairement être reproduites dans leur forme et leurs dimensions exactes pour que le produit dans lequel est incorporé ou auquel est appliqué le dessin ou modèle puisse mécaniquement être raccordé à un autre produit, être placé à l'intérieur ou autour d'un autre produit, ou être mis en contact avec un autre produit, de manière que chaque produit puisse remplir sa fonction.*

3. *Par dérogation au paragraphe 2, l'enregistrement confère des droits sur un dessin ou modèle répondant aux conditions fixées aux articles 4 et 5, qui a pour objet de permettre l'assemblage ou la connexion multiples de produits interchangeables à l'intérieur d'un système modulaire* ».

¹³⁹⁶ Exemples donnés par F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, 2010, n°1011, p. 544 ; F. POLLAUD-DULIAN, « L'ordonnance du 25 juillet 2001 et la réforme du droit des dessins et modèles », *JCP G*, n°42, 17 octobre 2001, act. p. 1921

¹³⁹⁷ F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, 2010, n°1011, p. 544

¹³⁹⁸ J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 2^e éd., 2009, n°718, p. 961

¹³⁹⁹ G. MARCHAIS, « Présentation de la directive du 13 octobre 1998 sur les dessins et modèles », *GP*, 24 février 2000, n°55, p. 12

¹⁴⁰⁰ V. SCORDAMAGLIA, « Les propositions de règlement et de directive de la commission européenne », *RIPIA*, 1994/3, n°177, p. 338 et suiv., spéc. p. 342



l'intérêt des systèmes modulaires se trouve dans la forme de ces pièces, « *qui assure leur caractère modulaire et donc leur utilité pratique et leur valeur commerciale* »¹⁴⁰¹. La protection de ces systèmes modulaires n'est cependant pas illimitée, et ceux-ci, lorsqu'ils sont tombés dans le domaine public, peuvent être librement réutilisables par les concurrents¹⁴⁰².

Ainsi, Lego, dont le brevet est tombé dans le domaine public, ne peut pas être déposé à titre de marque¹⁴⁰³. En effet, un signe « *constitué exclusivement par la forme du produit nécessaire à l'obtention d'un résultat technique* » ne peut constituer une marque¹⁴⁰⁴. Les entreprises ne peuvent donc pas « *utiliser le droits des marques pour perpétuer, sans limitation dans le temps, des droits exclusifs portant sur des solutions techniques* »¹⁴⁰⁵. Ainsi, il n'est pas possible de recourir au droit des marques lorsque le brevet est expiré, dans la mesure où cela empêcherait des entreprises d'« *utiliser ladite solution technique* »¹⁴⁰⁶.

Dans d'autres cas, la liberté de création à partir de créations protégées, résulte, non de la non protection d'éléments indispensables à l'interconnexion, mais d'exceptions permettant de créer à partir des créations préexistantes. Il s'agit de l'exception de recherche et de perfectionnement.

§ 2 : L'exception de recherche et le perfectionnement des créations préexistantes

284. L'exception de recherche (A) tend à permettre la création uniquement. Le perfectionnement des créations préexistantes permet une avancée de la technique favorable au public¹⁴⁰⁷. La liberté de création ainsi sauvegardée protège ici non seulement les intérêts des créateurs, mais aussi ceux du public qui pourra bénéficier des avancées ainsi créées. Le cadre de la liberté est cependant très strict, afin de ne pas dépouiller le créateur de l'œuvre première (B).

¹⁴⁰¹ F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, 2010, n°1011, p. 544

¹⁴⁰² Sous réserve de ne pas se livrer à des actes de concurrence déloyale.

¹⁴⁰³ CJUE, 14 sept. 2010, aff. C-48/09P, Lego Juris c/ OHMI : <http://curia.europa.eu> ; comm. F. GREFFE, « La CJUE condamne à nouveau le critère dit de la multiplicité des formes », *propriété industrielle* n° 3, Mars 2011, comm. 25

¹⁴⁰⁴ Pt 41 de CJUE, 14 sept. 2010, aff. C-48/09P, Lego Juris c/ OHMI : <http://curia.europa.eu>

¹⁴⁰⁵ Pt 45 de CJUE, 14 sept. 2010, aff. C-48/09P, Lego Juris c/ OHMI : <http://curia.europa.eu>

¹⁴⁰⁶ Pt 46 de CJUE, 14 sept. 2010, aff. C-48/09P, Lego Juris c/ OHMI : <http://curia.europa.eu>

¹⁴⁰⁷ Intérêt qui est considéré comme sous-jacent, puisque l'intérêt privé domine, le créateur du perfectionnement étant le premier bénéficiaire de ce dispositif pour J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de propriété industrielle*, précis Dalloz, 7^e édition, 2012, n° 617

A) L'exception de recherche

285. Délimitation. L'exception de recherche existe en droit des brevets. Il s'agit d'une solution traditionnelle¹⁴⁰⁸.

Elle permet notamment de « *favoriser le développement technique en autorisant la recherche de perfectionnement* »¹⁴⁰⁹. Cette exception est prévue par l'article L. 613-5 b) CPI¹⁴¹⁰. La référence au perfectionnement, (jugée restrictive)¹⁴¹¹, n'existe plus dans l'article L. 613-15 CPI. Cette exception est cependant appréciée strictement, la Cour d'appel de Paris ayant affirmé que celle-ci ne pouvait « *s'appliquer qu'aux seuls actes expérimentaux qui ont pour objet de participer à la vérification de l'intérêt technique de l'invention ou à son développement aux fins de faire progresser la connaissance mais non à des actes à visée commerciale* »¹⁴¹². Cette solution s'applique qu'il y ait profit ou non¹⁴¹³. Le « *peu d'entrain pour les licences de dépendance* » est selon B. HUMBLLOT une « *spécificité française* »¹⁴¹⁴.

286. La spécificité du secteur de la pharmacie. Il existe une spécificité pour les produits des « *secteurs de la pharmacie et de l'agrochimie* »¹⁴¹⁵, en raison du temps que nécessitent les essais cliniques, les délais pour la mise sur le marché du médicament. Pour les médicaments génériques, on ne peut parler de création, dans la mesure où il s'agit d'une copie d'une création existante. Afin de protéger les intérêts légitimes, les juges estiment que les « *essais cliniques dont la finalité est de vérifier les applications du produit breveté ou d'en découvrir de nouvelles sont considérés comme des actes accomplis à titre expérimental* » tandis que « *les essais cliniques qui sont effectués uniquement en vue d'obtenir une*

¹⁴⁰⁸ Ch. LE STANC, « Actes de contrefaçon. Élément légal », *jurisclasseur Brevets*, fasc. 4620, 2003, n°53

¹⁴⁰⁹ Ch. LE STANC, « Actes de contrefaçon. Élément légal », *jurisclasseur Brevets*, fasc. 4620, 2003, n°53 ; P. VERON, « Contrefaçon de brevet d'invention, usage expérimental et essais cliniques. Situation législative et jurisprudentielle dans les principaux pays industriels », *Gazette du Palais*, 19 décembre 2000, n°354, p. 12

¹⁴¹⁰ Art. L. 613-5 CPI « *Les droits conférés par le brevet ne s'étendent pas :*

a) *Aux actes accomplis dans un cadre privé et à des fins non commerciales ;*

b) *Aux actes accomplis à titre expérimental qui portent sur l'objet de l'invention brevetée ;*

c) *A la préparation de médicaments faite extemporanément et par unité dans les officines de pharmacie, sur ordonnance médicale, ni aux actes concernant les médicaments ainsi préparés.*

d) *Aux études et essais requis en vue de l'obtention d'une autorisation de mise sur le marché pour un médicament, ainsi qu'aux actes nécessaires à leur réalisation et à l'obtention de l'autorisation.*

e) *Aux objets destinés à être lancés dans l'espace extra-atmosphérique introduits sur le territoire français ».*

¹⁴¹¹ B. HUMBLLOT, « Droit des brevets : éloge posthume de la licence obligatoire de dépendance », *RLDI*, n°83, juin 2012, p. 69 et suiv., spéc. p. 76, n° 25

¹⁴¹² CA Paris, 4^e ch., 7 oct. 2005, *PIBD* 2005, n°819, III, p. 685 ; Ch. LE STANC, « Actes de contrefaçon. Élément légal », *jurisclasseur Brevets*, fasc. 4620, 2003, n°53, mise à jour 2010

¹⁴¹³ F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, 2010, p.311, n°566

¹⁴¹⁴ B. HUMBLLOT, *op. cit.* p. 76, n°25

¹⁴¹⁵ P. VERON, *op. cit.* n°354, p. 12 : sans entrer dans les détails, la mise sur le marché doit être précédée d'essais dont la durée est de plusieurs années.



autorisation de mise sur le marché constituant des actes de contrefaçon »¹⁴¹⁶. Cette exception a été ajoutée à l'article L. 613-5 CPI. Si l'expérimentation a pour but une innovation, bien que celle-ci puisse avoir une finalité commerciale par la suite, elle est légale. L'innovation est donc favorisée, qu'il s'agisse de recherches sur l'objet du brevet ou sur l'objet de l'invention¹⁴¹⁷.

La création ne serait pas libre si le résultat de ces recherches ne pouvait pas être commercialisé. Cependant, les droits du créateur du perfectionnement sont limités, afin de « garantir l'intérêt légitime de tous les protagonistes »¹⁴¹⁸.

B) Les limites de la liberté du créateur du perfectionnement

287. La tolérance : possibilité de breveter le perfectionnement. Les perfectionnements sont pris en compte et favorisés non seulement au stade de la recherche, mais aussi au stade de l'exploitation. En effet, la liberté de création n'est effective que si l'exploitation est possible. Il s'agit d'un domaine où la création demande des investissements importants. Si les perfectionnements apportés à une invention préexistante ne peuvent être exploités, la possibilité de créer n'a plus d'intérêt. C'est pourquoi, il est apparu que les perfectionnements en question devaient pouvoir être protégés.

Ils sont donc susceptibles de faire l'objet d'un brevet, même si le perfectionnement est modeste¹⁴¹⁹. De plus, la protection est accordée même si « *le problème posé était différent, de même que les moyens techniques et le résultat obtenu* ». Le second brevet doit reprendre « *les caractéristiques essentielles du premier* »¹⁴²⁰.

Le législateur a toujours protégé ces perfectionnements. En effet, RENOUARD a considéré que « *si les perfectionnements n'étaient point suffisamment encouragés, ils seraient, de par la loi, commandé à l'industrie de demeurer stationnaire, et de ne plus avancer lorsqu'elle aurait fait un premier pas* »¹⁴²¹. C'est pourquoi ceux-ci ont fait l'objet de dispositions spéciales. Dès

¹⁴¹⁶ *Ibid.*

¹⁴¹⁷ Voir l'affaire citée par P. VERON, « Contrefaçon de brevet d'invention, usage expérimental et essais cliniques. Situation législative et jurisprudentielle dans les principaux pays industriels », *Gazette du Palais*, 19 décembre 2000, n°354, p. 12 ; Affaire Wellcome Foundation/Parexel International & Flamel. Cour d'appel de Paris, 14^e chambre, section A, 27 janvier 1999.

¹⁴¹⁸ Commentaire sous l'article L. 613-5 CPI, Dalloz, 2010

¹⁴¹⁹ F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, 2010, p.162, n°230

¹⁴²⁰ Cass. com. 27 janvier 2009, n° de pourvoi: 07-20947, *PIBD*, 2009, n°893, III, p.911

¹⁴²¹ A.-Ch. RENOUARD, *Traité des brevets d'invention*, Guillaumin libraire, Paris, 1844, p. 292, n°69



1791, un créateur était en droit d'obtenir un brevet sur un perfectionnement dont l'exécution « ne serait possible que par l'emploi d'une industrie déjà privilégiée par un précédent brevet encore existant »¹⁴²². La nécessité de protéger les perfectionnements a été réaffirmée par E. POUILLET, citant Ph. DUPIN, rapporteur à la chambre des députés lors des travaux préparatoires de la loi de 1844, qui avait alors dit qu' « un perfectionnement, quand il ne se borne pas à un simple changement de forme ou à une insignifiante modification, peut avoir le caractère et souvent l'importance d'une création nouvelle »¹⁴²³. E. POUILLET, dans ce sens avait souligné que « Si le législateur, dit avec raison M. Blanc, avait exclu du bénéfice de la loi tout ce qui n'est pas primordial, tout ce qui n'est que le progrès réalisé sur une idée connue, il eût d'une part découragé l'esprit inventif, et, d'autre part, il aurait refusé la brevetabilité aux plus glorieuses et aux plus utiles inventions. (...) Ainsi comprise, la loi serait restée stérile, car nous nous demandons si, depuis qu'elle protège les inventeurs, il s'est produit une seule invention qui eût pu justifier cette qualification dans le sens absolu du mot »¹⁴²⁴. A la suite des critiques formulées contre ces brevets, les intérêts des premiers créateurs et des seconds ont été restreints. Les droits des titulaires de ces brevets ont été limités¹⁴²⁵, empêchant ainsi le titulaire du perfectionnement de l'exploiter en cas de refus du titulaire du brevet initial¹⁴²⁶.

288. Le contournement du refus du titulaire du brevet initial. Aujourd'hui, il existe des mécanismes tels que la licence obligatoire qui sont susceptibles de s'appliquer pour ces créations dépendantes. Cela permet d'éviter le blocage de l'exploitation de la seconde invention. Inversement, le titulaire du brevet sur la première invention bénéficie également de mesures lui assurant de ne pas être bloqué par l'inventeur du perfectionnement¹⁴²⁷.

¹⁴²² A.-Ch. RENOUEAU, *op. cit.* p. 292, n°75

¹⁴²³ E. POUILLET, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon (4e édition mise au courant de la jurisprudence)*, 1899, p. 174, n°144

¹⁴²⁴ E. POUILLET, *op. cit.* p. 175, n°144 ; B. HUMBLLOT, « Droit des brevets : éloge posthume de la licence obligatoire de dépendance », *RLDI*, n°83, juin 2012, n° 2801, p. 69 et suiv., n°3

¹⁴²⁵ Voir l'article 19 de la loi de 1844, cité notamment par J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF, Paris, 1991, p. 386 : « Quiconque aura pris un brevet pour une découverte, invention ou application se rattachant à l'objet d'un autre brevet n'aura aucun droit d'exploiter l'invention déjà brevetée, et réciproquement, le titulaire du brevet primitif ne pourra exploiter l'invention, objet du nouveau brevet ».

¹⁴²⁶ F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, 2010, p. 343, n° 643. Voir également P. ROUBIER, *Droit de la propriété industrielle*, t. 2, Sirey, 1954, p. 244

¹⁴²⁷ Il peut en effet demander à exploiter le perfectionnement, de manière incidente ou ultérieurement : article L. 613-15 al. 3 CPI.



Dès lors, lorsque le titulaire du brevet de perfectionnement n'a pu obtenir d'accord amiable, il peut demander une licence imposée au titulaire de la première invention¹⁴²⁸.

La licence de dépendance est prévue¹⁴²⁹ à cet égard depuis la loi du 2 janvier 1968¹⁴³⁰. Il s'agit de permettre l'utilisation, et la commercialisation du brevet postérieur. La licence est accordée au titulaire du brevet dépendant lorsque son invention présente à l'égard du brevet antérieur « *un progrès technique important et un intérêt économique considérable* ». Ces conditions sont difficiles à évaluer, et sont laissées à l'appréciation des juges¹⁴³¹. Le recours à cette licence de dépendance est rare¹⁴³². Le droit français est particulièrement restrictif¹⁴³³. Cela a été critiqué, notamment par B. HUMBLLOT, selon lequel les conditions d'octroi de ces licences « *retire[nt] toute vigueur, sinon toute effectivité, au régime juridique des licences obligatoires de dépendance* »¹⁴³⁴. Cette réticence est, pour lui, néfaste pour « *l'innovation* », « *l'encouragement de l'émulation scientifique* », le « *renouvellement des technologies* ». Il ajoute qu'il n'y a dès lors pas d'équilibre entre la protection de la création faite et la liberté de création¹⁴³⁵.

L'octroi de telles licences se fait par le tribunal de grande instance. Par la loi de 2004¹⁴³⁶, le délai pendant lequel il était impossible de faire la demande d'une telle licence a été supprimé. Les licences de dépendance ont été critiquées, car elles feraient « *subir un empiétement*

¹⁴²⁸ M. SABATIER, « mesures autoritaires sur brevet d'invention. Licences autoritaires », *jurisclasseur Brevets*, fasc. 4780, 2008, n° 91

¹⁴²⁹ Article 613-15 CPI : (L. n° 2004-800 du 6 août 2004, art. 18) « *Le titulaire d'un brevet portant atteinte à un brevet antérieur ne peut exploiter son brevet sans l'autorisation du titulaire du brevet antérieur; ledit titulaire ne peut exploiter le brevet postérieur sans l'autorisation du titulaire du brevet postérieur.*

Lorsque le titulaire d'un brevet ne peut l'exploiter sans porter atteinte à un brevet antérieur dont un tiers est titulaire, le tribunal de grande instance peut lui accorder une licence d'exploitation du brevet antérieur dans la mesure nécessaire à l'exploitation du brevet dont il est titulaire et pour autant que cette invention constitue à l'égard du brevet antérieur un progrès technique important et présente un intérêt économique (L. n° 2004-1338 du 8 déc. 2004) « considérable ».

La licence accordée au titulaire du brevet postérieur ne peut être transmise qu'avec ledit brevet.

Le titulaire du brevet antérieur obtient, sur demande présentée au tribunal, la concession d'une licence réciproque sur le brevet postérieur.

Les dispositions des articles L. 613-12 à L. 613-14 sont applicables ».

¹⁴³⁰ C'est une « innovation » de la loi de 1968 : J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF, Paris, 1991, p. 384 (la protection de la liberté de création par la possibilité d'utiliser des créations protégées existait bien avant).

¹⁴³¹ M. BOIZARD, « Licence de dépendance entre brevet et certificat d'obtention végétale : le point d'équilibre ? », *propriété industrielle*, n°11, novembre 2005, étude 24, n°10

¹⁴³² M. VIVANT, *Droit des brevets*, Dalloz, connaissances du droit, 2^e éd., p. 96

¹⁴³³ B. HUMBLLOT, « Droit des brevets : éloge posthume de la licence obligatoire de dépendance », *RLDI*, n°83, juin 2012, n° 2801, p. 69 et suiv., n°1

¹⁴³⁴ B. HUMBLLOT, *op. cit.* p. 76, n°28

¹⁴³⁵ B. HUMBLLOT, « Droit des brevets : éloge posthume de la licence obligatoire de dépendance », *RLDI*, n°83, juin 2012, n° 2801, p. 69 et suiv., spéc. p. 76, n°28 : « *non seulement l'intérêt général est malmené, mais encore que l'institution même du brevet se trouve fragilisée par cette absence excessive de tempérament au droit privatif* ».

¹⁴³⁶ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique



injustifié »¹⁴³⁷ au titulaire du titre principal. Les intérêts de ce dernier ne seraient pas respectés, la rémunération équitable n'étant pas une contrepartie suffisante au droit exclusif d'exploitation¹⁴³⁸. La restriction apportée ne semble pas opposée aux principes du brevet. Elle permet au contraire une plus grande liberté de création, en permettant à « *celui qui apporte une amélioration à la société* » d'en « *tirer profit* »¹⁴³⁹. Ce qui en revanche pourrait être néfaste pour le titulaire du titre principal, c'est la diminution de ses recettes engendrée par la concurrence faite par la nouvelle création, ou des redevances pas assez élevées compte tenu des investissements, voire des échecs rencontrés avant la mise au point de l'invention¹⁴⁴⁰.

289. Les conditions d'obtention de tels brevets. La jurisprudence n'est pas favorable à ces brevets de perfectionnement. Ainsi, le brevet ne peut être accordé à une invention dont la nouveauté consisterait en des modifications des seuls éléments secondaires¹⁴⁴¹ d'une autre invention brevetée. De plus, le moyen équivalent à celui du moyen breveté, c'est-à-dire qui a la même fonction tout en ayant une forme différente et parvenant à un résultat semblable, n'est pas considéré comme nouveau et inventif. C'est une contrefaçon¹⁴⁴². La cour de cassation a en effet estimé, à propos d'instruments pour retirer des varices, que l'équivalence revenait à exclure la nouveauté ou le caractère inventif d'une invention, sans avoir à rechercher l'une ou l'autre. Or, il semble que c'est ce que protègent les brevets de perfectionnement et que l'absence d'invention ne peut se déduire du fait que les modifications portent sur des éléments secondaires. Le perfectionnement consiste en effet à une amélioration de la première invention.

Une nuance doit être apportée. Pour les juges une société ne peut se prévaloir des dispositions de l'article L. 613-15 CPI lorsqu'elle n'a pas sollicité l'octroi d'une licence de dépendance¹⁴⁴³. Elle doit également prouver qu'elle est en état d'exploiter de manière effective et sérieuse.

¹⁴³⁷ M. BOIZARD, « Licence de dépendance entre brevet et certificat d'obtention végétale : le point d'équilibre ? », *propriété industrielle*, n°11 novembre 2005, étude 24, n°7, J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF, Paris, 1991, p. 386

¹⁴³⁸ M. BOIZARD, « Licence de dépendance entre brevet et certificat d'obtention végétale : le point d'équilibre ? », *propriété industrielle*, n°11 novembre 2005, étude 24, n°7

¹⁴³⁹ J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF, Paris, 1991, p. 387

¹⁴⁴⁰ M. BOIZARD, *op. cit.* n°11

¹⁴⁴¹ L'élément secondaire s'oppose à l'élément essentiel, nécessaire pour résoudre le problème technique.

¹⁴⁴² P. VIGAND, comm. de cass. com. 31 mars 2004, « Perfectionner est-ce contrefaire ? », *propriété industrielle*, n°1, janvier 2005, comm. 2

¹⁴⁴³ Cass. com. 16 janvier 1996, n°94-13790



Le mécanisme de licence est étendu depuis 2004¹⁴⁴⁴ à tous les brevets dépendants d'un brevet dominant¹⁴⁴⁵. L'intérêt public n'est plus non plus expressément exigé. Cependant, les juges doivent tenir compte de l'intérêt général, « *sous l'angle économique* » et pas seulement de l'intérêt particulier du titulaire du brevet de perfectionnement¹⁴⁴⁶.

290. Licences de dépendance entre certificat d'obtention végétal et brevet. Ces licences de dépendance existent également entre certificat d'obtention végétal et brevet. Il est possible de demander une licence afin d'obtenir ou d'exploiter un droit d'obtention végétale¹⁴⁴⁷. Il est également possible d'obtenir une telle licence pour les brevets nécessitant l'exploitation d'une variété végétale¹⁴⁴⁸.

Néanmoins, le régime des obtentions végétales offre une plus grande liberté dans la réutilisation des obtentions végétales protégées¹⁴⁴⁹ par le créateur d'une nouvelle variété. Il s'agit donc d'un cas particulier (§ 3).

§ 3 : Le cas particulier des obtentions végétales

291. Justifications de l'étendue de la liberté de création. Le droit exclusif prévu à l'article L. 623-4 CPI est limité « *par la nature de son objet et la finalité de la*

¹⁴⁴⁴ Loi n°2004-1338 du 8 décembre 2004 - art. 7 JORF 9 décembre 2004

¹⁴⁴⁵ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, précis, 7^e éd., 2012, n° 618

¹⁴⁴⁶ M. SABATIER, « Mesures autoritaires sur brevet d'invention. Licences autoritaires », *jurisclasseur Brevets*, fasc. 4780, 2008, n°95

¹⁴⁴⁷ Article L. 613-15-1 CPI : « *Lorsqu'un obtenteur ne peut obtenir ou exploiter un droit d'obtention végétale sans porter atteinte à un brevet antérieur, il peut demander la concession d'une licence de ce brevet dans la mesure où cette licence est nécessaire pour l'exploitation de la variété végétale à protéger et pour autant que la variété constitue à l'égard de l'invention revendiquée dans ce brevet un progrès technique important et présente un intérêt économique considérable.*

Lorsqu'une telle licence est accordée, le titulaire du brevet obtient à des conditions équitables, sur demande présentée au tribunal, la concession d'une licence réciproque pour utiliser la variété protégée.

Les dispositions des articles L. 613-12 à L. 613-14 sont applicables ».

¹⁴⁴⁸ Article L. 623-22-1 CPI : « *Lorsque le titulaire d'un brevet portant sur une invention biotechnologique ne peut exploiter celle-ci sans porter atteinte à un droit d'obtention végétale antérieur, il peut demander la concession d'une licence pour l'exploitation de la variété protégée par le droit d'obtention, pour autant que cette invention constitue à l'égard de la variété végétale un progrès technique important et présente un intérêt économique considérable. Le demandeur doit justifier qu'il n'a pu obtenir du titulaire du droit d'obtention une licence d'exploitation et qu'il est en état d'exploiter la variété de manière effective et sérieuse* ».

¹⁴⁴⁹ Dépendance entre deux certificats d'obtention végétale. Cela a d'ailleurs suscité des critiques, la réciprocité dans l'obtention des licences entre titulaire de brevet et titulaire d'obtention végétal semblant de ce fait illusoire : M. BOIZARD, « Licence de dépendance entre brevet et certificat d'obtention végétale : le point d'équilibre ? », *propriété industrielle*, n°11 novembre 2005, étude 24, n°13-14.



législation »¹⁴⁵⁰. Le droit des obtentions végétales établit donc un équilibre favorable à la création de nouvelles variétés.

En effet, une exception pour la recherche existe dans ce domaine, « *en raison de la spécificité du « vivant » par rapport aux innovations « industrielles » brevetées* »¹⁴⁵¹. Elle est prévue par la convention internationale pour la protection des obtentions végétales¹⁴⁵², ainsi que par le règlement communautaire du 27 juillet 1994¹⁴⁵³. En droit français la liberté de création à partir d'une variété protégée est prévue par l'article L. 623-25 CPI¹⁴⁵⁴. Selon cet article toute personne peut « *utiliser librement une variété protégée afin d'obtenir une variété nouvelle* »¹⁴⁵⁵. Cela est possible tant pour la recherche qu'à des fins commerciales¹⁴⁵⁶. Toute personne peut donc créer une nouvelle variété à partir d'une variété protégée, bien que cette dernière ne soit pas tombée dans le domaine public, sans avoir à demander une autorisation, lorsque la production commerciale de cette variété

¹⁴⁵⁰ F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, 2010, p.486, n°919

¹⁴⁵¹ S. L. ANVAR, « Pourquoi a-t-on peur du domaine public des variétés végétales ? - (Réflexions autour des lois françaises n° 2006-236 du 1er mars 2006 et n° 2006-245 du 2 mars 2006) », *Propriété industrielle*, n° 3, mars 2008, étude 5, n°15

¹⁴⁵² Article 15 de la convention internationale pour la protection des obtentions végétales du 2 décembre 1961, révisée à Genève le 10 novembre 1972, le 23 octobre 1978 et le 19 mars 1991 : « *Exceptions au droit d'obtenteur* 1) [Exceptions obligatoires] Le droit d'obtenteur ne s'étend pas
i) aux actes accomplis dans un cadre privé à des fins non commerciales,
ii) aux actes accomplis à titre expérimental et
iii) aux actes accomplis aux fins de la création de nouvelles variétés ainsi que, à moins que les dispositions de l'article 14.5) ne soient applicables, aux actes mentionnés à l'article 14.1) à 4) accomplis avec de telles variétés (...) ».

¹⁴⁵³ Article 15 du Règlement (CE) n° 2100/94 du Conseil, du 27 juillet 1994, instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales :

« *Limitation des effets de la protection communautaire des obtentions végétales*

La protection communautaire des obtentions végétales ne s'étend pas:

a) aux actes accomplis à titre privé et à des fins non commerciales;
b) aux actes accomplis à titre expérimental;
c) aux actes accomplis en vue de créer ou de découvrir et de développer d'autres variétés;
d) aux actes visés à l'article 13 paragraphes 2, 3 et 4, portant sur ces autres variétés, sauf si l'article 13 paragraphe 5 est applicable ou si l'autre variété ou le matériel de cette variété bénéficie de la protection d'un titre de propriété ne comportant pas de disposition comparable et
e) aux actes dont l'interdiction serait contraire aux dispositions de l'article 13 paragraphe 8, de l'article 14 ou de l'article 29 ».

¹⁴⁵⁴ Art. L. 623-25 CPI : « *Toute atteinte portée aux droits du titulaire d'un certificat d'obtention végétale tels qu'ils sont définis à l'article L. 623-4 constitue une contrefaçon engageant la responsabilité civile de son auteur. Sous réserve des dispositions de l'article L. 623-4, ne constitue pas une atteinte aux droits du titulaire d'un certificat d'obtention l'utilisation de la variété protégée comme source de variation initiale en vue d'obtenir une variété nouvelle.*

Le titulaire d'une licence d'office visée aux articles L. 623-17 et L. 623-20 et, sauf stipulation contraire, le bénéficiaire d'un droit exclusif d'exploitation peuvent exercer l'action en responsabilité prévue au premier alinéa ci-dessus si, après une mise en demeure, le titulaire du certificat n'exerce pas cette action.

Le titulaire du certificat est recevable à intervenir à l'instance engagée par le licencié conformément à l'alinéa précédent.

Tout titulaire d'une licence est recevable à intervenir à l'instance engagée par le titulaire du certificat afin d'obtenir la réparation du préjudice qui lui est propre ».

¹⁴⁵⁵ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, précis, 7^e éd., 2012, n°1102

¹⁴⁵⁶ C'est une particularité du droit des obtentions végétales.



nouvelle ne nécessite pas l'utilisation répétée de la variété initiale¹⁴⁵⁷. Le créateur de la nouvelle variété peut donc l'exploiter, lorsque cette variété est suffisamment distincte de la variété originale¹⁴⁵⁸. L'objectif est donc de « *ne pas freiner la recherche et éviter les situations de blocages que l'on retrouve dans le domaine des brevets et qui résultent des refus d'accorder des licences nécessaires à la fabrication d'un produit* »¹⁴⁵⁹. Cette exploitation est cependant soumise à l'autorisation écrite, qui doit être justifiée pour la demande de certificat d'obtention végétale, lorsque la variété initiale protégée est nécessaire car la reproduction de la variété nouvelle « *exige l'emploi répété de la variété initiale* »¹⁴⁶⁰. Cela est le cas lorsque cette variété s'obtient par hybridation et que sa reproduction nécessite l'emploi de la variété initiale.

292. Limites. La liberté de création ne doit pas conduire à limiter excessivement les droits du titulaire du monopole. Il est en effet possible par certaines techniques comme la transgénèse, de créer une variété dérivée, sans avoir à supporter les difficultés et les investissements auxquels a été confronté le premier obtenteur¹⁴⁶¹. Ce dernier bénéficie également d'une extension de ses droits à la variété reconnue variété essentiellement dérivée¹⁴⁶².

Des dispositions particulières existent également pour les topographies de produits semi-conducteurs (§ 4).

¹⁴⁵⁷ F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, 2010, p.486, n°919

¹⁴⁵⁸ N. BOUCHE, « Variété essentiellement dérivée. Entre ombre et lumière », *propriété industrielle*, n°1 janvier 2011, étude 2, n°1 : l'auteur précise que la modification ne doit pas être une modification des caractères insignifiants ou une modification minime des caractères importants.

¹⁴⁵⁹ S. L. ANVAR, « Pourquoi a-t-on peur du domaine public des variétés végétales ? - (Réflexions autour des lois françaises n° 2006-236 du 1er mars 2006 et n° 2006-245 du 2 mars 2006) », *Propriété industrielle*, n° 3, mars 2008, étude 5, n°15

¹⁴⁶⁰ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.* p.486, n°919 ; J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, précis, 7^e éd., 2012, n°1103 ; voir Cass. com., 4 décembre 2007, n° 06-11.496, comm. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « La « Charlotte » n'est pas du gâteau », *Propriété industrielle* n° 6, Juin 2008, comm. 49

¹⁴⁶¹ N. BOUCHE, *op. cit.* n° 2. La transgénèse est définie par l'auteur comme « le transfert d'un gène déterminé dans un organisme cible tel qu'un végétal ».

¹⁴⁶² Article L. 623-4 CPI : « Toute obtention végétale peut faire l'objet d'un titre appelé « certificat d'obtention végétale », qui confère à son titulaire un droit exclusif à produire, à introduire sur le territoire où le présent chapitre est applicable, à vendre ou à offrir en vente tout ou partie de la plante, ou tous éléments de reproduction ou de multiplication végétale de la variété considérée et des variétés qui en sont issues par hybridation lorsque leur reproduction exige l'emploi répété de la variété initiale (...) ». N. BOUCHE, *op. cit.* n° 3-4. La notion de variété essentiellement dérivée est issue du Règlement (CE) n° 2100/94 du 27 juillet 1994, elle n'est pas employée pour les variétés protégées par un certificat d'obtention végétale national.



§ 4 : Les topographies de produits semi-conducteurs

293. L'article L. 622-5 CPI prévoit comme exception au monopole la « reproduction à des fins d'évaluation, d'analyse ou d'enseignement », qui est classique en propriété industrielle¹⁴⁶³. Il prévoit surtout « la création, à partir d'une analyse ou d'une évaluation, d'une topographie distincte pouvant prétendre à la protection » au titre des produits semi-conducteurs¹⁴⁶⁴. La loi consacre le *reverse engineering* (ingénierie inverse), « qui tend, sinon à plagier, du moins à créer à partir de la création (et des idées) d'autrui »¹⁴⁶⁵. Il semble que cela soit dû au fait que la protection est accordée pour un faible niveau de créativité : l'exigence d'un « effort intellectuel du créateur ». La topographie ne doit pas non plus être « courante »¹⁴⁶⁶. Pour Ph. GAUDRAT, ce « n'est qu'une forme affaiblie de la nouveauté », et ne requiert pas forcément de créativité. Or, « la nouveauté ne requiert pas la créativité (même si elle ne l'exclut pas) », « elle peut résulter d'un simple travail »¹⁴⁶⁷.

Toutes ces limites à l'appropriation, favorisant la liberté de création, sont prévues par les droits de propriété industrielle. En revanche, il n'est pas prévu d'utilisation de ces créations, à des fins de parodie, comme c'est le cas en droit d'auteur, ou de critique. Une telle limite a cependant été évoquée, tant en droit des marques qu'en droit des dessins et modèles. Si elle n'a pas été admise dans le deuxième cas, la « parodie » a cependant été admise par les juges, sous certaines conditions (section 2).

¹⁴⁶³ M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, L.G.D.J., 2006, n°348, p. 368

¹⁴⁶⁴ Article L.622-5 CPI : « Il est interdit à tout tiers :

— de reproduire la topographie protégée ;

— d'exploiter commercialement ou importer à cette fin une telle reproduction ou tout produit semi-conducteur l'incorporant.

Cette interdiction ne s'étend pas :

— à la reproduction à des fins d'évaluation, d'analyse ou d'enseignement ;

— à la création, à partir d'une telle analyse ou évaluation, d'une topographie distincte pouvant prétendre à la protection du présent chapitre.

L'interdiction ci-dessus n'est pas opposable à l'acquéreur de bonne foi d'un produit semi-conducteur. Celui-ci est cependant redevable d'une juste indemnité s'il entend poursuivre l'exploitation commerciale du produit ainsi acquis.

Toute violation de l'interdiction prévue aux alinéas précédents constitue une contrefaçon engageant la responsabilité civile de son auteur ». Voir également, pour les logiciels : article L. 122-6-1 CPI.

¹⁴⁶⁵ M. VIVANT (sous la dir.), L. RAPP, B., WARUSFEL, N. MALLET-POUJOL, F. LICHÈRE, J.-L. BILON, G. VERCKEN, *Lamy droit du numérique*, 2012, n°500

¹⁴⁶⁶ Article L. 622-1 CPI : « La topographie finale ou intermédiaire d'un produit semi-conducteur traduisant un effort intellectuel du créateur peut, à moins qu'elle ne soit courante, faire l'objet d'un dépôt conférant la protection prévue par le présent chapitre.

Ce dépôt ne peut intervenir ni plus de deux ans après que la topographie a fait l'objet d'une première exploitation commerciale en quelque lieu que ce soit ni plus de quinze ans après qu'elle a été fixée ou codée pour la première fois si elle n'a jamais été exploitée.

Est nul tout dépôt qui ne répond pas aux conditions prévues au présent article ».

¹⁴⁶⁷ Ph. GAUDRAT, « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la « société de l'information » », *RTD com*, 2003, p. 285



Section 2 : La restriction à la réservation non prévues par les droits de propriété industrielle : la « parodie »

294. La « parodie de marque » est aujourd'hui tolérée, sur le fondement de la liberté d'expression, de la liberté de création¹⁴⁶⁸. Le caractère commercial et économique du droit des marques¹⁴⁶⁹ n'est plus aujourd'hui une limite à la liberté de création. S'il a été fait référence à la « parodie », il semble qu'il s'agit plutôt de permettre l'utilisation de la marque lorsqu'il n'est pas porté atteinte à une de ses fonctions (§ 1).

La parodie de dessins et modèles n'est en revanche pas reconnue aujourd'hui (§ 2).

§ 1 : La liberté de création restaurée pour une utilisation ne portant pas atteinte à la marque

295. L'utilisation d'une marque à des fins parodiques a connu une évolution (A). A l'origine, elle a été considérée comme une transposition de la parodie du droit d'auteur au droit des marques. Puis les juges se sont référés à une limite externe, la liberté d'expression (B).

A) L'évolution

296. Recours à la parodie, transposée en droit des marques. La parodie de marques est une notion qui est très critiquée. Lorsque la question de la libre critique des marques s'est posée, il a été fait référence à la « parodie », notion existant en droit d'auteur, limitée par ses lois du genre. La nécessité de permettre la moquerie, la critique, y compris d'un objet commercial est cependant acquis. Si la parodie en elle-même n'est pas prévue par le droit des marques, celui-ci ne l'interdit pas, tant qu'il n'y a pas d'abus. Au contraire, la finalité des droits semble permettre la critique par les non-concurrents. Le recours à la liberté de création et d'expression a cependant été nécessaire pour reconnaître que le droit des marques n'est pas

¹⁴⁶⁸ Ces deux libertés peuvent être invoquées ensemble : voir par exemple CA Versailles, ch. 12, section 2, 5 mars 2009, n° 07/07569 à propos de la marque « élu produit de l'année » reprise dans une chanson ; cass. com., 21 février 1995, n° 92-13.688

¹⁴⁶⁹ A propos des marques : M. VIVANT, « Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », *JCP E*, n°22, 3 juin 1993, chron. 251, p. 275, n°5.3 : « le droit de marque a ce trait non discuté d'être tout entier tourné vers l'économique », c'est un droit qui a une « fin strictement économique ».



un droit absolu¹⁴⁷⁰. Il semblerait que la liberté de création dans ce domaine engage à une interprétation large de la notion de parodie¹⁴⁷¹.

297. Une transposition critiquée. Une partie de la doctrine est défavorable à la parodie de marques. F. POLLAUD-DULIAN estime par exemple que celle-ci découle d'une intention malveillante¹⁴⁷². On peut objecter que la dérision est en soi une critique¹⁴⁷³. D'autres sont défavorables à la reconnaissance de la parodie de marque, car la marque est étrangère à ce concept¹⁴⁷⁴. Pour Ch. CARON, la moquerie est possible sans cela, l'imitation serait en effet « étrangère à la vie des affaires » et échapperait « à l'emprise du propriétaire de la marque »¹⁴⁷⁵.

298. Justification d'une transposition d'une exception du droit d'auteur à la marque. D'autres encore estiment que l'exception de parodie du droit d'auteur doit pouvoir s'étendre au droit des marques. A. BERTRAND déduit cette possibilité de l'article L. 711-4 e) CPI¹⁴⁷⁶. D'après lui, cet article permettrait d'affirmer que le droit d'auteur étant supérieur au droit des marques, la solution qui s'applique au droit d'auteur est transposable au droit des marques, ce qui est discutable¹⁴⁷⁷.

La jurisprudence a tout d'abord considéré que le droit des marques était un droit absolu (1). La CJCE a remis en cause cette solution : le droit des marques n'est pas absolu (2).

¹⁴⁷⁰ Pour Ch. GEIGER, « le recours à la liberté d'expression semble indispensable car il permet de déterminer clairement l'échelle des valeurs en cause » : Ch. GEIGER, « Marques et droits fondamentaux », in *Les défis du droit des marques au XXI^e siècle. Actes du colloque en l'honneur du professeur Yves Reboul*, Litec, 2010, p. 175

¹⁴⁷¹ J. PASSA « 3. Parodie ou détournement de marque : droit des marques ou de la responsabilité civile ? », *propriétés intellectuelles*, octobre 2001, n°1, p.89

¹⁴⁷² F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, 2010, p. 976, n°1671 : « l'intention humoristique cache mal, en général, une volonté de parasitisme ou même, parfois, de dénigrement ».

¹⁴⁷³ B. EDELMAN, « Droit des marques et liberté d'expression », *Dalloz*, 2003, p. 1831, n°4

¹⁴⁷⁴ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2009, n°382 ; Ch. CARON, « Marque : pas de parodie de marque », *com. com. électr.*, n° 9 Septembre 2006, comm. 124 ; J. PASSA, « Responsabilité civile. Distribution », *Propriétés intellectuelles* octobre 2001, n° 1, p. 89 : cette exception « propre à la législation des droits d'auteur, n'existe pas en droit des marques » ; S. THIERRY « Marques. Créations de forme protégées », *Juris-Classeur Marques*, fasc. 7140, 2008, n° 16 : reconnaître la parodie de marque dénaturerait le sens de l'article L. 122-5, 4^e CPI.

¹⁴⁷⁵ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2009, n°382

¹⁴⁷⁶ Article L. 711-4 CPI : « Ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment :

e) Aux droits d'auteur ».

¹⁴⁷⁷ V. RUZEK, « La parodie en droit des marques », *propriété industrielle*, n°4, avril 2005, étude 11, n°9

1. Le droit des marques considéré à l'origine comme un droit absolu par les juges

299. Le refus de la transposition dû au domaine commercial. La parodie de marque n'était pas autorisée au début des années 1990, dans la mesure où les juges estimaient que « *le droit de faire rire de l'œuvre d'autrui par le pastiche ou la caricature ne peut trouver application en ce domaine strictement commercial axé sur la recherche du profit* »¹⁴⁷⁸.

Le tribunal de grande instance de Paris, ainsi que la Cour d'appel, conféraient au titulaire de la marque un droit de revendication contre quiconque l'usurpe et de quelque manière que ce soit¹⁴⁷⁹. Les juges refusaient l'extension de la parodie au droit des marques¹⁴⁸⁰ et affirmaient que le droit des marques est un droit absolu¹⁴⁸¹.

300. Les prémices de la reconnaissance d'une « parodie de marque ». Dans certains cas, la parodie a prévalu. Ainsi, la cour d'appel de Versailles a écarté la publicité trompeuse¹⁴⁸², au motif qu'il n'y avait pas de dénigrement lorsque la publicité est faite sur un

¹⁴⁷⁸ TGI Paris, 17 février 1990, cite André R. Bertrand, *Le droit des marques et des signes distinctifs* : CEDAT, Droit et pratique, 2000, p. 373 ; S. THIERRY « Marques. Créations de forme protégées », *J.-Cl. Marques*, Fasc. 7140, 2008, n° 16 : La marque constituée par le slogan « attention, j'accoste », associé à un dessin représentant deux petits crocodiles « *se chevauchant* » était donc illicite, le Tribunal a affirmé que « *le droit de faire rire de l'œuvre d'autrui par le pastiche ou la caricature ne peut trouver d'application en ce domaine strictement commercial axé sur la recherche du profit* ».

¹⁴⁷⁹ M. VIVANT, « Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », *JCP E*, n°22, 3 juin 1993, chron. 251, p. 275 : l'auteur cite plusieurs affaires dans ce sens : TGI Paris, réf., 24 octobre 1991, Reynolds Tobacco, Seita, Philip Morris c. Comité national contre les Maladies respiratoires et la Tuberculose et Comité national contre le Tabagisme ; 31 octobre 1991, Philip Morris, Reynolds Tobacco, Seita c. Bibliothèque nationale et Académie nationale des arts de la Rue ; CA Paris, réf., 1^{re} ch. A, 28 janvier 1992, *JCP E* 1992, E, pan. 335. En sens inverse, TGI Quimper, réf., 18 septembre 1991, JurisData n°51703 ; CA Rennes, 1^{re} ch., 17 mars 1992, Philip Morris c. Comité national contre le Tabagisme : JurisData n°44100, *JCP E* 1992, pan. 1421.

¹⁴⁸⁰ TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} section, 4 juillet 2001 : *RIPIA* 2001, n° 206, p. 12 ; J. PASSA, « Responsabilité civile. Distribution », *Propriétés intellectuelles* octobre 2001, n° 1, p. 89 ; CA Paris, 4^e ch. A, 31 octobre 2001 : *Ann. propr. ind.* 2002, n° 1, p. 27. CA Paris, 26 oct. 1994, Les pages jaunes : *PIBD* n°579, 1995, III, p. 8. TGI Nanterre, 4 novembre 2002 : P. TREFIGNY, « Le détournement de marque : à des fins humoristiques, c'est illicite ; à des fins polémiques, cela semble se discuter », *propriété industrielle*, mai 2003, comm. 40. CA Aix-en-Provence, 2^e ch., 13 mars 2006, SA Lucent technologies c/ SA Escota : Juris-Data n° 2006-299517, com. P. TREFIGNY, « L'injure condamnée comme contrefaçon... », *propriété industrielle*, n°7, juillet 2006, comm. 58 ; Ch. CARON, « Marque : pas de parodie de marque », *com. com. électr.*, n°9 Septembre 2006, comm. 124. CA Rennes, 27 avr. 2010 : *PIBD* n°922, 2010, III, p. 493 (marque « Petit navire »).

¹⁴⁸¹ Cette solution a été reprise dans un jugement de 2000 : TGI Paris, 3^e ch., 21 mars 2000, *com. com. électr.*, septembre 2000, com. 88, p. 15 cité par V.-L. BENABOU, « 3. Liberté d'expression et droit des marques : la jurisprudence dans tous ses états », *propriétés intellectuelles*, juillet 2003, n°8, p.322 (323) : à propos de la réalisation d'un site parodique de la RATP : l'exception de parodie ne pouvait s'appliquer en raison de « *la différence de nature des droits d'auteur et du droit des marques, ces dernières ayant par essence pour objet d'accompagner un produit ou un service destiné à être vendu et possédant de ce fait une valeur commerciale intrinsèque susceptible d'être atteinte par toute utilisation illicite* ».

¹⁴⁸² Article 44 du code de la Loi n°73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat aujourd'hui abrogé : « *I. - Est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur*



mode humoristique¹⁴⁸³. Dans le même sens, cette même cour a admis que la parodie était compatible avec l'intention de fond étrangère à tout humour¹⁴⁸⁴, à partir du moment où il n'y avait pas intention de nuire. Il faut en effet préciser que la parodie, en particulier en matière de marques, a plus particulièrement pour but de dénoncer certaines activités. L'intention critique est ici très présente¹⁴⁸⁵.

301. Le rejet de l'absence de concurrence pour faire prévaloir la liberté de création. Le droit des marques a cependant été considéré comme un droit absolu, alors que le but poursuivi était légitime. La diffusion d'affiches réalisées par des collégiens, à propos d'une campagne anti-tabac a été interdite, parce que considérée comme illicite, au motif que celles-ci étaient « *destinées à discréditer ces marques auprès de leur clientèle* »¹⁴⁸⁶. Cette appréciation résulte du cas d'espèce, et relève de la responsabilité civile de l'auteur¹⁴⁸⁷. La cour a relevé la non concurrence et l'absence de confusion possible entre la marque et l'origine de la parodie. Elle a néanmoins retenu que, bien qu'il n'y ait pas de concurrence entre les associations qui souhaitaient diffuser ces affiches et les sociétés titulaires des marques en cause, les associations « *poursuivent (...) un objet social tendant à freiner la vente de leurs produits* ». Enfin la cour rejette l'argument selon lequel « *le principe fondamental de la liberté d'expression autorise toute création artistique, notamment par la caricature, pour transmettre un message d'intérêt public* », dans la mesure où seuls les auteurs peuvent

un ou plusieurs des éléments ci-après : existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires (...). ».

¹⁴⁸³ CA Versailles, 3e ch., 15 mars 1991, M.-L. IZORCHE, « Absence de dénigrement lorsqu'une publicité fait sur un mode humoristique, une comparaison fantaisiste entre une bière et les sports nautiques », *Dalloz*, 1992, som. p.56

¹⁴⁸⁴ CA Versailles, 1^{re} ch., 17 mars 1994, com. C. COLOMBET, « La définition du pastiche », *Dalloz*, 1995, som. p. 56 (à propos d'un pastiche d'une publicité pour une marque de cigarettes).

¹⁴⁸⁵ V.-L. BENABOU, « 3. Liberté d'expression et droit des marques : la jurisprudence dans tous ses états », *propriétés intellectuelles*, juillet 2003, n°8, p.322

¹⁴⁸⁶ CA Paris, 1^{re} ch., section A, 28 janvier 1992, décisions antérieures citées par M. VIVANT, « Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », *JCPE* 1993, act. 251 : TGI Paris, réf., 24 octobre 1991, Reynolds Tobacco, Seita, Philip Morris c. Comité national contre les Maladies respiratoires et la Tuberculose et Comité national contre le Tabagisme. En sens contraire, le TGI Quimper, réf. 18 septembre 1991, *JurisData* n°51703 : l'image de la nappe de goudron s'échappant du paquet de cigarettes ne constituait pas un dénigrement de la marque mais n'était que l'expression humoristique d'une vérité incontestable.

¹⁴⁸⁷ M. VIVANT, « Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », *JCP E*, n°22, 3 juin 1993, act. 251, n°8



« invoquer la liberté de création artistique »¹⁴⁸⁸. D'après ces décisions¹⁴⁸⁹, il apparaissait qu'une marque ne pouvait être utilisée par des tiers, ce qui justifiait la contrefaçon.

302. Le refus de la critique de la marque. De même, sur le fondement du droit des marques, l'utilisation d'une marque à des fins de critique constituait une contrefaçon. A propos de l'usage de la marque *Danone* sur un site internet et dans un nom de domaine, les juges avaient alors précisé que cette utilisation était faite « *dans la vie des affaires* »¹⁴⁹⁰. Ils ont estimé que la campagne contre Danone constituait une contrefaçon car celle-ci incitait les consommateurs à se détourner des produits de la marque, et ainsi se plaçait « *dans le cadre de l'activité économique* »¹⁴⁹¹.

Le caractère absolu de la réservation conférée par la marque, tel qu'il ressort de ces décisions, a été cependant critiqué¹⁴⁹². Les juges européens ont également refusé de conférer une telle portée au droit de marque.

303. Critique de la solution faisant du droit des marques un droit absolu. Le refus de reconnaître un droit de critique à l'égard des marques¹⁴⁹³ a pu faire croire que le droit de marque était un « *droit absolu* »¹⁴⁹⁴. Cela est cependant inexact¹⁴⁹⁵. Les droits de propriété intellectuelle sont des droits finalisés. Se réserver l'utilisation de la marque quelle qu'elle soit, est contraire à la finalité du droit des marques. M. VIVANT fait référence à l'abus de

¹⁴⁸⁸ CA Paris, 1^{re} ch., section A, 28 janvier 1992. Cette solution a été confirmée par la chambre commerciale de la cour de cassation, par un arrêt en date du 21 Février 1995, bull. n° 92-13.688 ; *JCP G* n°16, 19 avril 1995, IV, 992 ; *JCP E* n° 15, 13 avril 1995, pan. 463, *Dalloz*, 1995, n°15, IR p. 97

¹⁴⁸⁹ Voir notamment cass. com., 21 février 1995, n° 92-13.688 ; TGI Paris, réf., 24 octobre 1991, Reynolds Tobacco, Seita, Philip Morris c. Comité national contre les Maladies respiratoires et la Tuberculose et Comité national contre le Tabagisme ; 31 octobre 1991, Philip Morris, Reynolds Tobacco, Seita c. Bibliothèque nationale et Académie nationale des arts de la Rue ; CA Paris, réf., 1^{re} ch. A, 28 janvier 1992, *JCP E* 1992, E, pan. 335. En sens inverse, TGI Quimper, réf., 18 septembre 1991, JurisData n°51703 ; CA Rennes, 1^{re} ch., 17 mars 1992, Philip Morris c. Comité national contre le Tabagisme : JurisData n°44100, *JCP E* 1992, pan. 1421

¹⁴⁹⁰ TGI Paris, réf., 23 avril et 14 mai 2001 et TGI Paris, 4 juillet 2001, J. PASSA « 3. Parodie ou détournement de marque : droit des marques ou de la responsabilité civile ? », *propriétés intellectuelles*, octobre 2001, n°1, p.89 ; CA Paris, 28 novembre 2001, M.-E. HAAS, *gazette du palais*, 12-13 juillet 2002, p. 40 ; CA Paris, 30 avril 2003, S. DURRANDE, « Les limites à la liberté d'expression », *Dalloz* 2003, p. 2685

¹⁴⁹¹ CA Paris, 28 novembre 2001, dans un sens contraire : CA Paris, 17 novembre 2006, comm. P. TREFIGNY, « L'imitation, la polémique et l'excès alors condamné au titre du dénigrement... », *Propriété industrielle* n° 1, janvier 2007, comm. 6

¹⁴⁹² Voir plus particulièrement M. VIVANT, « Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », *JCP E*, n°22, 3 juin 1993, act. 251

¹⁴⁹³ Voir par exemple TGI Paris, 17 février 1990

¹⁴⁹⁴ M. VIVANT, *op. cit.* n°1

¹⁴⁹⁵ P. TREFIGNY-GOY, « L'incidence de la fonction sur la portée de la protection de la marque », *propriété industrielle*, n°10, octobre 2010, dossier 5, n°4



droit¹⁴⁹⁶, notion qui a été utilisée pour l'acquisition d'une marque afin d'éliminer un concurrent¹⁴⁹⁷, ou encore au recours au droit de la concurrence¹⁴⁹⁸.

La question de la parodie des marque s'est également posée dans la mesure où certaines créations sont protégées à la fois par le droit d'auteur et par le droit de la propriété industrielle, comme par exemple des logos, ou encore des héros de bandes dessinées¹⁴⁹⁹. Un même signe peut donc être parodié en tant qu'œuvre de l'esprit alors que cette même parodie sera condamnable au visa du droit des marques¹⁵⁰⁰. Il apparaît que faire du droit des marque une droit absolu est faux.

2. Le droit des marques n'est pas absolu

304. L'usage de la marque hors de la vie des affaires, *a priori* possible. Les juges de la CJCE ont estimé que le droit exclusif du titulaire de la marque lui permettait d'empêcher « *tout usage par un tiers dans la vie des affaires d'un signe identique à cette marque pour désigner des produits ou services identiques à ceux qu'elle couvre* »¹⁵⁰¹. Un usage de la marque hors de la vie des affaires, c'est-à-dire qui ne constituerait pas un usage indu du signe par ses concurrents, devrait être possible¹⁵⁰². Ces « *consommateurs finaux agissant de bonne foi* » sont ceux qui n'effectuent pas d'acte à l'échelle commerciale « *en vue d'obtenir un avantage économique ou commercial direct ou indirect* »¹⁵⁰³.

¹⁴⁹⁶ M. VIVANT, *op. cit.* n°3

¹⁴⁹⁷ Voir les exemples cité par M. VIVANT, « Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », *JCP E*, n°22, 3 juin 1993, act. 251, n°3 : notamment cass. com. 21 février 1978, bull. civ. IV, n°72

¹⁴⁹⁸ M. VIVANT, *op. cit.* n°3

¹⁴⁹⁹ E. BAUD et C. COLOMBET, « La parodie de marque : vers une érosion du caractère absolu des signes distinctifs ? », *Dalloz* 1998, p. 227

¹⁵⁰⁰ A propos d'une parodie des pieds nickelés : CA Paris, 4^e ch. A, 12 juillet 1993, confirmant TGI Paris, 30 octobre 1991, *RDPI* 1992, n° 45, p. 98. De même à propos d'une parodie d'Astérix : TGI Nanterre, 1^{re} ch., 6 avril 1994, définitif ; décisions citées par E. BAUD et C. COLOMBET, « La parodie de marque : vers une érosion du caractère absolu des signes distinctifs ? », *Dalloz* 1998, p.227 et suiv.

¹⁵⁰¹ CJCE, 12 novembre 2002, affaire C-206/01, Arsenal : J. PASSA, « L'usage de marque dans la jurisprudence récente de la CJCE » *RJDA* mars 2003, p. 195 ; G. BONET, « 2. Étendue du droit exclusif du titulaire de la marque – Directive 89/104/CEE – Article 5, § 1 », *propriétés intellectuelles*, avril 2003, n°7, p. 200

¹⁵⁰² Cela n'est cependant pas accepté par tous, car « *on ne devrait pas s'arrêter au caractère non commercial ou non concurrent de l'utilisation, car le discrédit jeté sur l'entreprise, ses services ou ses produits, à travers la marque porte atteinte à son activité économique et à son patrimoine incorporel* » : F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, 2010, p.977, n°1671

¹⁵⁰³ Directive 2004/48/CE, considérant 14



Pour certains auteurs, cette référence à la sphère économique, limitant l'étendue du droit de marque, est une limite suffisante, sans qu'il soit besoin de faire référence à la liberté d'expression ou de création¹⁵⁰⁴.

Ainsi, pour J. PASSA, ce recours au droit des marques, comme celui écartant le risque de confusion ou encore le conflit entre liberté d'expression et droit des marques, est inutile, le droit des marques étant inopposable dans les affaires Danone ou Esso¹⁵⁰⁵.

305. La responsabilité civile, au secours de la liberté de création. Lors de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Riom¹⁵⁰⁶, les juges ont fait prévaloir la liberté de création, à la fois sur le fondement de l'article 1382 du code civil et sur celui du droit d'auteur. Un syndicat avait caricaturé le bibendum Michelin dans le cadre d'une campagne, il l'avait reproduit sur des pin's et des affiches « *barbu, portant massue et peau de bête* ». La cour a estimé qu'il n'y avait pas de faute sur le fondement de l'article 1382 du code civil, les syndicats agissant « *dans le cadre de leur mission* » et a affirmé que cette caricature était une critique de la politique sociale de l'entreprise et non de la marque elle-même. Elle voit même, dans la mention « *numéro 1 mondial du pneumatique* » un hommage à la marque¹⁵⁰⁷. Elle applique plus particulièrement l'article L. 122-5 CPI, considérant que la représentation en cause du bibendum est une parodie. Cette solution a été critiquée dans la mesure où ce fondement est contestable¹⁵⁰⁸.

La reconnaissance de cette limite à la réservation de la marque a donné lieu à des hésitations. Elle semble cependant admise et résulte de la liberté d'expression (B).

B) Le recours à la liberté d'expression

306. Les créateurs, non concurrent du titulaire de la marque, bénéficie de la liberté de création ou liberté d'expression. Les juges l'ont confirmé à plusieurs reprises (1). Cependant, cette liberté est limitée (2).

¹⁵⁰⁴ P. TREFIGNY-GOY, « L'incidence de la fonction sur la portée de la protection de la marque », *propriété industrielle*, n°10, octobre 2010, dossier 5, n°6

¹⁵⁰⁵ J. PASSA, *Traité de droit de la propriété industrielle*, tome 1, LGDJ, 2^e éd., 2009, n°239, p. 293

¹⁵⁰⁶ CA Riom, ch. civ., 15 septembre 1994, com. B. EDELMAN, « Constitue une parodie de l'emblème de marque l'utilisation de cet emblème par un syndicat dans le cadre de sa mission », *Dalloz*, 1995, p.429

¹⁵⁰⁷ *Ibid.*

¹⁵⁰⁸ Voir par exemple : V.-L. BENABOU, « 3. Liberté d'expression et droit des marques : la jurisprudence dans tous ses états », *propriétés intellectuelles*, juillet 2003, n°8, p.322, spéc. p. 324

1. Exemples jurisprudentiels

307. La liberté d'expression prévaut lorsqu'il n'y a pas de risque de confusion : l'affaire des guignols de l'info. L'absence de concurrence entre les entreprises doit permettre la parodie¹⁵⁰⁹ lorsqu'il n'y a pas d'intention de nuire à la marque. Ainsi, la parodie de marque a été autorisée avec l'affaire des Guignols de l'info parodiant M. Calvet, PDG de Citroën. La cour d'appel de Paris avait admis la parodie¹⁵¹⁰, aspect de la liberté d'expression, car cette émission, « *manifestement inspirée par aucune intention de nuire* », « *n'engendre pas de confusion même dans l'esprit du téléspectateur le moins averti* ». La cour en déduit que la marque n'a pas été discréditée par la parodie, et qu'elle ne constitue donc pas « *un dénigrement fautif* ».

Cet arrêt a été cassé par la cour de cassation¹⁵¹¹, qui a affirmé que « *le caractère outrancier, provocateur et renouvelé des propos tenus s'appliquant à la production de la société Automobiles Citroën* » résultait d'une faute. L'absence d'intention de nuire n'étant pas exigée par l'application de l'article 1382 du code civil, elle n'a pas à être retenue pour déterminer la responsabilité des auteurs de la parodie.

¹⁵⁰⁹ C'est en tout cas ce qu'avait estimé la Cour d'appel de Versailles, le caricaturiste n'avait alors pas d'intérêt commercial à tirer et ne peut alors être « soupçonné de vouloir déprécier le produit » (CA Versailles, 1^{re} ch., 17 mars 1994, obs. C. COLOMBET, « La définition du pastiche », *Dalloz*, 1995, p. 56 ; voir B. EDELMAN, « Constitue une parodie de l'emblème de marque l'utilisation de cet emblème par un syndicat dans le cadre de sa mission », *Dalloz*, 1995, p.429, n° 17). Pour B. EDELMAN ce raisonnement était mauvais, car « *ce qui importe, en droit, ce n'est pas la qualité de celui qui dénigre mais l'objectivité du dénigrement !* ». Il juge l'argumentation de la Cour d'appel de Riom plus juste, dans la mesure où les juges ont souligné que la parodie brocardait une politique sociale et non le produit (à propos de la parodie du Bibendum Michelin : CA Riom, 15 septembre 1994, com. B. EDELMAN, « Constitue une parodie de l'emblème de marque l'utilisation de cet emblème par un syndicat dans le cadre de sa mission », *Dalloz*, 1995, p.429, n° 18).

¹⁵¹⁰ CA Paris, 14 mars 1995, 1^{re} ch., A, comm. M.-L. IZORCHE, « Une émission de télévision humoristique et caricaturale ne saurait constituer un dénigrement fautif d'une marque », *Dalloz* 1996, som. p. 252, Ch. BIGOT, « Une émission de télévision humoristique et caricaturale ne saurait constituer un dénigrement fautif d'une marque », *Dalloz*, 1997, somm. p. 75

¹⁵¹¹ Cass. 2e civ., 2 avril 1997, bull. civ., II, n°113, comm. *JCP G* n° 22, 28 Mai 1997, IV, 1161 ; Ch. BIGOT, « Condamnation de l'émission télévisée "Les guignols de l'info" sur le fondement de l'article 1382 du Code civil », *JCP G*, 1998.II.10010 ; B. EDELMAN, « Responsabilité civile d'une chaîne de télévision à raison de propos prêtés au dirigeant d'une société lors d'une émission satirique, l'article 1382 du code civil n'exigeant pas une existence d'une intention de nuire », *Dalloz* 1997, somm. p. 411 ; B. EDELMAN, « La Cour de cassation ne rit pas », *Dalloz* 1997, p. 411 ; J.-P. GRIDEL, « Brèves remarques approbatives de la cassation intervenue dans l'affaire dite des Guignols de l'info », *Dalloz*, 1998, p. 183 : Tout en reconnaissant que « *seul l'abus caractérisé est - ou devait être - juridiquement reprochable lorsqu'un contentieux menace les libertés de la proposition-contestation des idées, de la création intellectuelle, de l'expression publique* », l'auteur estime que l'entreprise parodiant est également une société commerciale, réalisant des profits par la moquerie des activités d'une autre et qu'il s'agit donc d'un litige commercial. A propos de la même affaire, 12 juillet 2000, l'auteur pose la question de la prise en compte des avantages économiques tirés de la commercialisation de la parodie pour apprécier une éventuelle faute, tout en soulignant qu'une « *telle solution s'harmonise difficilement avec le fondement de cette responsabilité particulière* » : Ph. BRUN et S. PIEDELIÈVRE, *Deffrénois*, 15 mai 2002 n° 9, p. 602.

La cour d'appel de renvoi a débouté les demandeurs de leurs actions¹⁵¹². Elle a affirmé tout d'abord que ce n'était pas la marque qui avait été caricaturée mais son président. Or caricaturer celui-ci ne revenait pas à caricaturer la marque¹⁵¹³. Elle a ajouté à ce propos que « *le fait de citer telle ou telle entreprise nationalement connue ne constitue pas une appropriation de la marque* ».

Elle a souligné également que la société Canal plus et la société Citroën ne sont pas en concurrence¹⁵¹⁴ et que cette émission est une émission parodique, perçue comme telle par les téléspectateurs. Or « *le dénigrement, pour être retenu comme tel, doit présenter un minimum de sérieux et viser un concurrent* », ce qui n'était pas le cas en l'espèce. L'absence d'intérêt commercial, déjà évoqué dans d'autres affaires, a été considérée comme un critère supplémentaire par certains auteurs¹⁵¹⁵.

L'assemblée plénière a rejeté le pourvoi de l'entreprise et de son dirigeant¹⁵¹⁶. Elle a retenu que « *les propos mettant en cause les véhicules de la marque s'inscrivaient dans le cadre d'une émission satirique diffusée par une entreprise de communication audiovisuelle et ne pouvaient être dissociés de la caricature faite de M. Calvet, de sorte que les propos incriminés relevaient de la liberté d'expression sans créer aucun risque de confusion entre la réalité et l'œuvre satirique* ».

¹⁵¹² CA Reims, 9 février 1999, comm. Ch. BIGOT, « L'humour des "Guignols de l'Info" trouve grâce devant la cour de renvoi », *JCP G*, n° 35, 1er Septembre 1999, II 10144 ; B. EDELMAN ; « Caricature par les Guignols de l'Info du président des automobiles Peugeot », *Dalloz*, 1999, somm. p. 449

¹⁵¹³ Voir à propos de l'arrêt rendu par la deuxième chambre civile de la cour de cassation, le 2 avril 1997, même affaire, B. EDELMAN, critiquant cette assimilation de la personne à la marque, qui en déduisait que « *L'aboutissement de ce processus conduit, d'ailleurs, à estimer que le droit des marques pourrait bien protéger... la personnalité !* » : in B. EDELMAN, « La Cour de cassation ne rit pas », *Dalloz* 1997, p. 411, n°2

¹⁵¹⁴ « *Aucune situation de concurrence ne saurait exister entre la Sté Canal Plus et la Sté Automobiles Peugeot dont les sphères d'activité sont diamétralement opposées* ».

¹⁵¹⁵ E. BAUD et S. COLOMBET, « La parodie de marque : vers une érosion du caractère absolu des signes distinctifs ? », *Dalloz* 1998, p. 227. Voir les arrêts : CA Riom, ch. civ., 15 septembre 1994, com. B. EDELMAN, « Constitue une parodie de l'emblème de marque l'utilisation de cet emblème par un syndicat dans le cadre de sa mission », *Dalloz*, 1995, p.429 ; CA Versailles, 1^{re} ch., 17 mars 1994, com. C. COLOMBET, « La définition du pastiche », *Dalloz*, 1995, somm. p. 56.

¹⁵¹⁶ Ass. plén. 12 juillet 2000, n° 99-19.004 et n°99-19.005 (non comm.), « La satire n'est pas un dénigrement », *Dalloz* 2000 p. 463 ; B. EDELMAN, « Vers une reconnaissance de la parodie de marque », *Dalloz* 2001 p. 259 ; « sommaires de jurisprudence », *JCP G*, n° 40, 4 octobre 2000, IV 2527 ; A. LEPAGE, « L'humour des "Guignols de l'Info" devant l'Assemblée plénière », *JCP G*, n° 50, 13 Décembre 2000, II 10439 ; E. DERIEUX, « Abus de liberté d'expression et droit à réparation », *Petites affiches*, 14 août 2000 n° 161, p. 4 ; A.-M. L., « Responsabilité délictuelle », *Petites affiches*, 18 septembre 1997 n° 75 ; M. GUILÉ, « L'Assemblée plénière sauve la parodie de marque quand elle ne crée pas de risque de confusion entre la réalité et l'œuvre satirique », *Revue Juridique Personnes et Famille*, 2000, n°11



L'argument selon lequel l'usage des signes modifiés aurait une incidence dans la vie des affaires est inopérant¹⁵¹⁷.

308. Les affaires Areva, Esso et Greenpeace. Pour permettre la parodie de marque, les juges ont eu recours à la liberté d'expression. Trois arrêts en particulier ont été rendus par la cour d'appel de Paris, favorables à la parodie de marque, confirmés par la cour de cassation.

Deux de ces arrêts, rendus dans le cadre d'une procédure de référés, concernaient la parodie des marques Areva et Esso par la société Greenpeace¹⁵¹⁸. Ces parodies reproduisaient les logos des deux marques, en ajoutant certains éléments. La marque Esso était représentée avec des dollars à la place des « s ». Le logo était également repris, accolé mot « stop ». Le logo d'Areva était reproduit avec une ombre en forme de tête de mort et accompagné du slogan « L'Areva de soi ». Par ces parodies, Greenpeace entendait dénoncer sur son site Internet la politique en matière d'environnement de ces sociétés.

Ces dernières ont considéré qu'il s'agissait d'une contrefaçon prévue par l'article L.713-3 CPI, interdisant l'imitation d'une marque. La société Esso a également estimé que ces parodies constituaient une contrefaçon de marque, une atteinte à ses marques renommées, un

¹⁵¹⁷ A voir, CA Paris, 14^e ch. A, 26 février 2003, notamment comm. B. EDELMAN, « Droit des marques et liberté d'expression », *Dalloz* 2003, p. 1831 ; S. DURRANDE, « Les limites à la liberté d'expression », *Dalloz* 2003, p. 2685 ; V.-L. BENABOU, « 3. Liberté d'expression et droit des marques : la jurisprudence dans tous ses états », *propriétés intellectuelles* 2003, n° 8, p. 322 ; M. VIVANT, « 2. Parodie de marque : où il ferait bon de s'interroger sur la portée des droits CA Paris 14^e ch., réf., 26 février 2003 Greenpeace c/ Esso et SPCEA c/ Greenpeace », *propriétés intellectuelles*, 2003, n°9, p. 458

¹⁵¹⁸ CA Paris, 14^e ch., section A, 26 février 2003 voir notamment P.TREFIGNY, « Le détournement de marque : à des fins humoristiques, c'est illicite ; à des fins polémiques, cela semble se discuter ! », *propriété industrielle*, mai 2003, n° 5, p.26 ; V.-L. BENABOU, « Liberté d'expression et droit des marques. La jurisprudence dans tous ses états », *propriétés intellectuelles*, juillet 2003, n° 8, p. 322 ; B. EDELMAN, « Droit des marques et liberté d'expression », *Dalloz*, 2003, p. 1831 ; D. BRUNET-STOCLET, « Du délicat équilibre entre liberté d'expression et droit des marques ; (à propos des arrêts Greenpeace et Danone de la Cour d'appel (CA) de Paris des 26 février et 30 avril 2003) », *gazette du palais*, 18/7/2003, n° 199, p. 2 ; V. BRUNOT et D. WALON, « La liberté d'expression sur Internet et le droit des marques », *gazette du palais*, 23 juillet 2003, n° 204, p. 19 ; M.VIVANT, « 2. Parodie de marque : où il ferait bon de s'interroger sur la portée des droits CA Paris 14^e ch., réf., 26 février 2003, Greenpeace c/ Esso et SPCEA c/ Greenpeace », *propriétés intellectuelles*, octobre 2003, n° 9, p. 458. Cass. com. 8 avril 2008, comm. J. CANLORBE, « Responsabilité applicable au détournement de marques : épilogue des affaires Esso et Areva », *Légipresse*, juillet 2008, n° 253, III, p.123 ; Ph. MOZAS, « L'enseignement de l'autre affaire Greenpeace : les domaines respectifs du droit des marques et de l'abus de la liberté d'expression », *Les petites affiches*, 23 mars 2009, n° 58, p. 5 ; P. JOURDAIN, « Abus de la liberté d'expression : place et application de l'article 1382 en cas de critique des produits et services », note sous cass. 1^{re} civ., 8 avril 2008, Greenpeace France et autre contre SPCEA, pourvoi numéro 07-11.251 ; cass. com. 8 avril 2008, SA Esso contre Greenpeace France, pourvoi numéro 06-10.961, *RTD civ.*, juillet 2008, n° 3, p. 487



dénigrement¹⁵¹⁹. La cour a souligné que le différend entre Greenpeace et Areva était étranger à la vie des affaires. L'imitation a été rejetée.

De même, les juges ont estimé que les noms de domaines « jeboycottedanone.net » et « jeboycottedanone.com » ne constituaient pas des imitations illicites de la marque Danone au sens de l'article L.713-3 CPI¹⁵²⁰. En effet, l'imitation est illicite s'il existe un risque de confusion. Cela n'est pas le cas dans les espèces en cause. Les modifications apportées aux logos, ainsi que les textes qui les accompagnent ne pouvaient tromper le public sur leur origine¹⁵²¹. Pour V.-L. BENABOU, ce qui a pu conduire à rechercher un risque de confusion était un amalgame entre le risque d'association et celui de confusion. Or il semble peu réaliste que le consommateur pense avoir à faire à une campagne de l'entreprise parodiée lorsqu'elle dénonce la dangerosité pour l'environnement de ses activités ou invite au boycott¹⁵²².

Dans ces affaires, la cour d'appel de Paris a affirmé que « *le principe à valeur constitutionnelle de la liberté d'expression implique que, conformément à son objet statutaire, l'association Greenpeace puisse, dans ses écrits ou sur son site internet, dénoncer sous la forme qu'elle estime appropriée au but poursuivi les atteintes à l'environnement et les risques causés à la santé humaine par certaines activités industrielles ; que si cette liberté n'est pas absolue, elle ne peut néanmoins subir que les restrictions rendues nécessaires par la défense des droits d'autrui* »¹⁵²³.

La cour de cassation a confirmé l'arrêt sur ce point¹⁵²⁴. Les juges ont considéré que Greenpeace n'a pas non plus commis d'acte de dénigrement engageant sa responsabilité dès

¹⁵¹⁹ CA Paris, 26 février 2003, sur pourvoi : Cass. com., 8 avr. 2008. Dans le même sens : CA Paris, 4e ch., section A, 16 novembre 2005.

¹⁵²⁰ CA Paris, 4^e ch., section A, 30 avril 2003 ; *Dalloz* 2003, p. 2685, obs. S. DURRANDE, « Les limites à la liberté d'expression » *Dalloz* 2003, p. 2685 ; C. MANARA, « Une marque sert aussi critiquer son titulaire », *Dalloz* 2003, p. 1760 ; *Ann. propr. ind.* 2003, n° 2, p. 240 ; « Marques », *JCP E* 2003, p. 1434, n° 8, obs. BOESPFLUG, GREFFE et BARTHELEMY ; *Prop. intell.* 2003, n° 8, p. 322, obs. BENABOU, « Liberté d'expression et droit des marques : la jurisprudence dans tous ses états ».

¹⁵²¹ Voir par exemple CA Paris, 26 février 2003, affaire Esso : « *dès lors que, par les modifications apportées aux marques de la société ESSO et les textes qui les accompagnent, l'association Greenpeace montre clairement son intention de dénoncer les activités de la société dont elle critique les incidences sur l'environnement, sans induire en erreur le public quant à l'identité de l'auteur de la communication* ».

¹⁵²² V.-L. BENABOU, « 3. Liberté d'expression et droit des marques : la jurisprudence dans tous ses états », *propriétés intellectuelles*, juillet 2003, n°8, p.325-326

¹⁵²³ CA Paris, 26 février 2003, Areva c/ Greenpeace n° JurisData : 2003-202550. La formulation est quasiment la même dans les différents arrêts.

¹⁵²⁴ Cass. com. 8 avril 2008, com. L. NEYRET, « La responsabilité civile arbitre du conflit entre droit des marques et liberté d'expression », *Dalloz*, 2008, p. 2402 ; Ch. HUGON, « Application du droit commun de l'article 1382 et absence d'abus de la liberté d'expression », *JCP G*, 2008, II, n° 10106 ; J. DALEAU, « Parodie de marque : épilogue de l'affaire Esso », *Dalloz* 2008, p. 1274 ; P. JOURDAIN, « Abus de la liberté d'expression : place et application de l'article 1382 en cas de critique des produits et services », *RTD civ.* 2008, p. 487 ; Ch. CARON, « Marques et liberté d'expression : l'éternel retour », *com. com. électr.* n°6, juin 2008,



lors qu'elle n'a pas critiqué les produits et services Esso, ni cherché à les discréditer aux yeux du public. L'objet de l'association Greenpeace l'autorisait à dénoncer les comportements attentatoires à la protection de l'environnement, l'usage modifié des marques « *constituait un moyen proportionné à l'expression de telles critiques, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* ». Cette référence à l'objet statutaire de Greenpeace n'est pas favorable à une réelle liberté d'expression et de création. Elle consacrerait une liberté à deux vitesses¹⁵²⁵.

En revanche, sur le fondement de l'article 1382 du code civil, la cour d'appel aurait dû vérifier si l'usage de la dénomination Esso dans le nom de domaine de son site était constitutif d'une faute.

L'article 10 de la CEDH, avec l'article 1382 du code civil, a également permis de reconnaître la parodie de marque, dans la mesure où le CNMRT n'avait pas abusé de son droit de libre expression. D'après les juges de la deuxième chambre civile de la cour de cassation, il n'y aurait pas de faute lorsque l'organisme agit « *conformément à son objet, (...) par des moyens proportionnés à ce but* » et sur un mode humoristique¹⁵²⁶.

Le recours à la liberté d'expression n'était cependant pas nécessaire pour certains¹⁵²⁷, dans la mesure où la protection par le droit des marques, est limitée¹⁵²⁸. Un tel usage de la marque n'entre pas dans sa fonction¹⁵²⁹.

com. 77 ; A. GUEGAN, « De la libre critique d'une entreprise, à partir de sa marque, par des associations de protection de l'environnement », *RLC* décembre 2008, n° 55, act. p. 15 ; L. GAUDIN, « Liberté d'expression et caricature de marque », *RLC*, juin 2008, n° 50, p. 24, n° 3017 ; Y. EL SHAZLY, « La Cour de cassation met fin à la saga de Greenpeace. Vive la liberté d'expression ! », *RLDI*, n° 39, juin 2008, p. 35, n° 1300

¹⁵²⁵ V.-L. BENABOU, « 3. Liberté d'expression et droit des marques : la jurisprudence dans tous ses états », *propriétés intellectuelles*, juillet 2003, n°8, p.327

¹⁵²⁶ Cass. 2^e civ., 19 octobre 2006, com. F. POLLAUD-DULIAN, « Protection de la marque et droit de liberté d'expression d'une association dans le cadre d'une campagne anti-tabac », *JCP G* 2006, II, 10195 ; P. TREFIGNY, « Prompt rétablissement au dromadaire ! », *propriété industrielle* n°1, janvier 2007, comm. 5 ; M. MALAURIE-VIGNAL, « Les rapports entre l'information du public et le dénigrement », *ccc*, n°1, janvier 2007, com. 22 : « (...) en utilisant des éléments du décor des paquets de cigarettes de marque « Camel », à titre d'illustration, sur un mode humoristique, dans des affiches et des timbres diffusés à l'occasion d'une campagne générale de prévention à destination des adolescents, dénonçant les dangers de la consommation du tabac, produit nocif pour la santé, le CNMRT, agissant, conformément à son objet, dans un but de santé publique, par des moyens proportionnés à ce but, n'avait pas abusé de son droit de libre expression ».

¹⁵²⁷ Voir par exemple, Th. HASSLER, « La jurisprudence des dessins et modèles en 2005 : le best-of », *Propriété industrielle* n° 6, juin 2006, étude 17 (comparaison entre la parodie en droit des dessins et modèles et en droit des marques).

¹⁵²⁸ Article L. 713-3 CPI : « Sont interdits, sauf autorisation du propriétaire, s'il peut en résulter un risque de confusion dans l'esprit du public : a) La reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, ainsi que l'usage d'une marque reproduite pour des produits ou services similaires à ceux désignés dans l'enregistrement ; b) L'imitation d'une marque et l'usage d'une marque imitée, pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux désignés dans l'enregistrement ».

¹⁵²⁹ M. VIVANT, « Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », *JCP E*, n°22, 3 juin 1993, act. 251, n°6.3 ; J. PASSA « 3. Parodie ou



La liberté du créateur n'est cependant pas sans limites, même hors de la vie des affaires (2).

2. Limites de la « parodie de marques ».

309. La liberté restreinte lorsqu'il existe un but mercantile. La parodie de marque n'est cependant pas sans limites. Le détournement d'une marque n'est pas licite si des jeux de mots évoquant des marées noires à laquelle le titulaire de ces marques est parfaitement étranger, sont purement gratuits¹⁵³⁰. En l'occurrence, les marques Petit navire, Les délices de thon... étaient des marques de renommée, utilisées de manière détournée sur des tee-shirts. La cour a rejeté la parodie qui ne trouve pas à s'appliquer, dans la mesure où cette exception n'existe pas en droit des marques. La liberté d'expression est également rejetée, car les défenseurs « *commercialisent [les produits détournant les marques] pour en tirer profit* »¹⁵³¹. L'absence de tout but mercantile est ici une des conditions de la parodie de marque. Il semble cependant que des buts légitimes permettent l'utilisation de la marque, hors de sa fonction. Contrairement à la parodie en droit d'auteur, il n'est pas fait référence à l'intention de faire rire. Il s'agit alors d'une limite externe. En revanche, cette utilisation ne doit pas porter atteinte à l'image de marque de l'entreprise.

310. Le dénigrement ou les propos outranciers, limites à la liberté de création. Les propos outranciers ou le dénigrement des produits¹⁵³² sont une limite de la parodie de marque, ils sont considérés comme abusifs. Par exemple, la modification de la marque Escota en Escroca, associée à des allusions à caractère sexuel, a pour but de dénigrer la société et

détournement de marque : droit des marques ou de la responsabilité civile ? », *propriétés intellectuelles*, octobre 2001, n°1, p.89

¹⁵³⁰ CA Rennes, 2^e ch., 27 avril 2010, Sté JBC Holding c/ Ets Paul Paulet et a., *PIBD* 2010, n°922, III, p. 493 ; P. TREFIGNY-GOY, « Petit navire... ne chavire pas ! », *propriété industrielle*, n°1, janvier 2011, comm. 2

¹⁵³¹ *Ibid.*

¹⁵³² S. DURRANDE, « Contrefaçon de marque. Reproduction et imitation de marque », *JurisClasseur Marques*, fasc. 7511, 2008, n°7



d'atteindre son image de marque¹⁵³³. La reproduction de celle-ci constitue donc une contrefaçon¹⁵³⁴.

L'image de marque correspond à la réputation ou la notoriété de la société¹⁵³⁵. Une atteinte à l'image de marque est condamnable.

Par exemple, la société Greenpeace a excédé « *les limites de ce qui est indispensable au but poursuivi* »¹⁵³⁶, en associant les marques A et Areva à la mort, ce qui a « *conduit à penser que tout produit ou service diffusé sous ce sigle est mortel* ». Les associations Greenpeace vont au-delà de ce que permet la liberté d'expression, « *puisque'elles incluent des activités qui ne sont pas concernées par le but que les associations poursuivent en l'espèce, c'est-à-dire la lutte contre les déchets nucléaires* » et jettent le discrédit sur l'ensemble de ces produits et services¹⁵³⁷. La société est donc condamnée sur le fondement de l'article 1382 du code civil¹⁵³⁸.

¹⁵³³ La notion d'image de marque a été utilisée dans le cadre de la liberté du commerce et de l'industrie. Ainsi les conditions de vente d'un produit sont susceptibles de porter atteinte à l'image de marque : Ch. CARON, *com. cass. com.* 23 mars 2010, « L'image de la marque de luxe : échec à l'épuisement du droit », *com. com. électr.* n° 1, janvier 2011, comm. 3 ; CJUE, 23 avril 2009, aff. C-59/08, *com. J.-F. BRETONNIERE*, « Marques de prestige : une protection renforcée par la CJCE », *RLDA*, août 2009, n°41, p.23 ; Ch. CARON, « Le luxe mis à l'honneur par la Cour de justice », *com. com. électr.*, juillet 2009, n°7, p.25 ; A. FOLLIARD-MONGUIRAL, « CJCE, arrêt Christian Dior : le luxe et ses privilèges », *propriété industrielle*, juin 2009, n°6, p. 30. L'image de marque a limité la liberté de création en particulier dans l'arrêt Cartier : CA Paris, 4e ch., sect. B, 16 mai 2008, SAS Sonia Rykiel Création et Diffusion de modèles c/ Sté BCBG Max Azria : *JurisData* n° 2008-365136, *comm. Ch. CARON*, 2^e esp., « Variations sur quelques définitions jurisprudentielles du parasitisme », *comm. électr.*, n° 10, Octobre 2008, comm. 110

¹⁵³⁴ TGI Marseille, 1^{re} ch. civ., 11 juin 2003, « Malgré l'absence de confusion possible, la reproduction quasi servile d'une marque constitue une contrefaçon, dès lors que cette imitation a pour objet de dénigrer la société titulaire de la marque », *Légipresse*, n°204, septembre 2003, I, p. 118

¹⁵³⁵ H. MACCIONI, « L'image de marque : émergence d'un concept juridique ? », *JCP G*, n°21, 22 mai 1996, I, 3934, n°3

¹⁵³⁶ CA Paris, ch. 14, section A, 26 février 2003, Esso c/ Greenpeace, *JurisData* 2003-202549 ; *Expertises* n° 269, avril 2003, p. 152 ; B. EDELMAN, « Droit des marques et liberté d'expression », *Dalloz* 2003, p. 1831 ; D. BRUNET STOCLET, « Du délicat équilibre entre liberté d'expression et droit des marques (A propos des arrêts Greenpeace et Danone de la CA de Paris des 26 février et 30 avril 2003 », *Gazette du Palais*, 18 juillet 2003, p. 8

¹⁵³⁷ TGI Paris, 9 juillet 2004, aff. Areva c. Greenpeace : *comm. Ch. CARON*, « La prétendue « parodie de marque » : une question de responsabilité civile », *Comm. com. électr.* Octobre 2004, comm. 110 ; I. LEROUX, « Détournement sur des sites Internet par des associations liées à la défense de l'environnement de marques non constitutif de contrefaçon mais d'actes de dénigrement », *JCP E* 2004, 1688, p. 1835 ; G. BONET, X. BUFFET-DELMAS, I. DE MEDRANO CABALLERO, « Droit des marques et autres signes distinctifs », *Propriétés intellectuelles* 2004, n° 13, p. 948 et suiv., spéc. X. BUFFET-DELMAS, p. 961 ; confirmé par CA Paris, 2^e ch. B, 17 nov. 2006 : *PIBD* n°845, 2007, n° 845, III, p. 92 ; A. COUSIN, « Image de marque, image des marques et diffamation sur internet », *RLDI*, mai 2007, n°27, p. 44 ; pourvoi rejeté par Cass. com., 8 avr. 2008 : *PIBD* 2008, n° 876, III, p. 372

¹⁵³⁸ A rapprocher, pour A. COUSIN, (*com. CA Paris*, 2^e ch. B, 17 novembre 2006, « Image de marque, image des marques et diffamation sur internet », *RLDI*, mai 2007, n°27, p. 44) de Cass. 1^{re} civ. 30 mai 2006, bull. 2006, I, n°275, *comm. A. LEPAGE*, « Diffamation d'une personne morale par l'image d'un bien lui appartenant », *comm. com. électr.*, octobre 2006, comm. 147 : altération de l'image de la marque. Dans ce cas du photomontage montrant un avion de la compagnie s'encastant dans tour Eiffel, la cour avait affirmé que



311. Les conditions de la liberté d'utilisation de la marque. Les critères permettant le détournement de la marque seraient donc « *un but légitime d'intérêt général, et non dans la seule intention de nuire à son titulaire* », « *conforme à l'objet social du groupement poursuivi* » et « *les moyens employés doivent être proportionnés au but poursuivi* »¹⁵³⁹.

Si la liberté de création a pu être conciliée avec les droits des titulaires de marques, la parodie n'est pas admise pour les dessins et modèles (§ 2).

§ 2 : La parodie de dessins et modèles :

312. Absence d'exception de parodie de dessin ou modèle. La parodie est tolérée pour les œuvres de l'esprit. En revanche, tout comme en droit des marques, cette exception¹⁵⁴⁰ n'existe pas en droit des dessins et modèles qui ne la prévoient pas¹⁵⁴¹. C'est ce que le TGI de Paris a affirmé dans un jugement du 18 mars 2005¹⁵⁴² à propos de la parodie du magazine « Entrevue », protégé au titre du droit d'auteur, des dessins et modèles et des marques. Le TGI de Nanterre, statuant en référé avait écarté la contrefaçon, dans la mesure où les lois du genre de la parodie étaient respectées. Il avait affirmé que l'article L. 122-5 CPI peut également être invoqué en matière de marques et de dessins et modèles¹⁵⁴³. Mais le TGI de Paris a refusé l'extension de la parodie aux dessins et modèles. Les juges ont également estimé que la protection est indépendante du risque de confusion. Certains suggèrent que la parodie aurait pu être reconnue en recourant à la liberté d'expression, comme cela a été le cas

l'atteinte à la réputation ne pouvait être réparée sur le fondement de l'article 1382 du code civil, la loi sur la presse devant être appliquée.

¹⁵³⁹ J. PASSA, *Traité de droit de la propriété industrielle*, tome 1, LGDJ, 2^e éd., 2009, n°239, p. 294

¹⁵⁴⁰ Considérée comme telle, puisque le cumul des protections n'est favorable qu'aux auteurs et non aux tiers.

¹⁵⁴¹ L'article L. 513-6 qui prévoit les exceptions en droit des dessins et modèles dispose que « *Les droits conférés par l'enregistrement d'un dessin ou modèle ne s'exercent pas à l'égard:*

a) D'actes accomplis à titre privé et à des fins non commerciales;

b) D'actes accomplis à des fins expérimentales;

c) D'actes de reproduction à des fins d'illustration ou d'enseignement, si ces actes mentionnent l'enregistrement et le nom du titulaire des droits, sont conformes à des pratiques commerciales loyales et ne portent pas préjudice à l'exploitation normale du dessin ou modèle ».

¹⁵⁴² TGI Paris 3^e ch., 18 mars 2005, Société de conception de presse et d'édition c/ Société Jalons Editions et Société Cogenor, cité par J.-C. GALLOUX, « Dessins et modèles : chronique d'actualité », *RTD com* 2007, p. 68 ; voir également A. LUCAS, « 3. Exceptions – Parodie de parodie – Incidence de la protection au titre des dessins et modèles », *propriétés intellectuelles*, juillet 2005, p. 339

¹⁵⁴³ TGI Nanterre, réf., 28 mai 2003, « L'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle posant l'exception de parodie en droit d'auteur peut également être invoqué en matière de marques et de dessins et modèles », *Légipresse*, n°204, septembre 2003, I, p. 118



pour la parodie de marque¹⁵⁴⁴. Le cumul des droits souhaité par exemple par J.-Ch. GALLOUX¹⁵⁴⁵ a été écarté en l'espèce, les juges ayant reconnu la parodie au titre du droit d'auteur tout en la refusant au titre du droit des dessins et modèles. La liberté de création est, du fait du non cumul des droits, restreinte au profit du droit privatif du déposant. Il s'agit pourtant de la même couverture, protégée par trois droits différents. Le droit des dessins et modèles, destiné à des créations utilitaires, limite la liberté de création plus que le droit d'auteur, qui est censé protéger à la fois des intérêts pécuniaires et moraux des créateurs. La condamnation a été critiquée, les commentateurs de ce jugement estimant que ces distorsions entre les droits de propriété intellectuelle étaient regrettables¹⁵⁴⁶. L'auteur préconise soit de recourir à la liberté d'expression, soit de « *bâtir enfin une théorie des cumuls de droits* »¹⁵⁴⁷. Il semble paradoxal que la liberté de création soit plus limitée par le droit des dessins et modèles que par le droit d'auteur. Le cumul des droits n'est en effet pas favorable aux tiers mais aux titulaires de droits¹⁵⁴⁸. Cette extension semble pourtant souhaitable sous réserve de ne pas constituer un abus.

313. Conclusion du chapitre. Les droits de propriété intellectuelle ont pour objectif de permettre et encourager la création, la protection par le brevet est ainsi justifiée par l'enrichissement de la société¹⁵⁴⁹. L'incitation à la création conduit à protéger les créations réalisées à partir de création protégées, sous certaines conditions. La particularité de certaines créations, notamment les obtentions végétales, a abouti à une protection spécifique, favorisant la création. Cependant, certaines techniques facilitent la création de variétés dérivées dans ce domaine, alors que la création de la variété initiale a nécessité un investissement important de la part de l'obteneur initial. Ce dernier doit donner son accord pour la commercialisation de la variété essentiellement dérivée, s'il détient des droits sur la variété initiale. La création est encouragée, sans pour autant restreindre excessivement les droits privatifs du créateur initial.

En droit des dessins et modèles également, la loi permet le retour à la liberté de création, en prévoyant la création de modèles compatibles avec des modèles protégés. La finalité des droits de propriété intellectuelle, qui peut être considérée comme étant la protection des

¹⁵⁴⁴ T. HASSLER, « La jurisprudence des dessins et modèles en 2005 : le best-of », *propriété industrielle*, n°6, juin 2006, étude 17, n° 9

¹⁵⁴⁵ J.-C. GALLOUX, « Dessins et modèles : chronique d'actualité », *RTD com* 2007, p. 68 ; même article : « Droit des dessins et modèles (avril 2005/ juin 2006) », *Dalloz* 2006, p. 2604

¹⁵⁴⁶ J.-C. GALLOUX, *op. cit.* ; T. HASSLER, « La jurisprudence des dessins et modèles en 2005 : le best-of », *propriété industrielle*, n°6, juin 2006, étude 17, n° 9

¹⁵⁴⁷ Voir CA Paris, 26 février 2003, com. M. VIVANT, « Parodie de marque : où il ferait bon de s'interroger sur la portée des droits », *propriétés intellectuelles* n° 9, octobre 2003, chron. p. 458

¹⁵⁴⁸ A. LUCAS, *propriétés intellectuelles*, juillet 2005, chron. p. 339

¹⁵⁴⁹ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 7^e éd., 2012, n° 183



créateurs et l'encouragement de la création¹⁵⁵⁰, justifie que ces droits ne soient pas utilisés à d'autres fins que celles pour lesquelles ils ont été prévus. Ainsi, les marques, peuvent être utilisées par des non concurrents, sans qu'il y ait de risque de confusion. Il a été fait référence à la « parodie de marque ». Il semble cependant qu'il s'agisse d'une limite due aux finalités de ce droit et à la liberté de création et d'expression. Les juges recourent désormais à la responsabilité civile et à l'article 10 CEDH. Ils ont établi les conditions de validité de ces « parodies ». En droit des dessins et modèles, elle n'est en revanche pas acceptée, ce qui, lorsque la question a été posée s'est avéré d'autant plus contestable, que la protection était cumulative avec la protection par le droit d'auteur et le droit des marques. Il semble que cette possibilité devrait être envisagée, favorisant ainsi la liberté de création.

¹⁵⁵⁰ Ch. GEIGER, J. PASSA, M. VIVANT, « La proposition de directive sur l'extension de la durée de certains droits voisins : une remise en cause injustifiée du domaine public », http://130.79.225.47/pdf/actualite/Proposition_directive_extension_28_janvier.pdf, R. KOVAR, « Respecter les règles de la concurrence : les déviances en matière de brevets à la croisée des droits de propriété intellectuelle et de la concurrence », in *Colloque de l'IRPI, Approches stratégiques de la propriété industrielle*, LexisNexis, 2011, p. 99, spéc. p. 104 : l'auteur fait référence à l'« incitation à l'innovation ».



CHAPITRE 2 : L'UTILISATION D'UNE CREATION PROTEGEE PAR LE DROIT D'AUTEUR

314. Il est possible de créer à partir de créations préexistantes, protégées, sous certaines conditions. Le droit d'auteur a délimité ce qui était reproductible ou non, et dans quelle mesure. Cette utilisation est en effet restreinte. Cette utilisation de créations protégées est possible en matière de logiciels, qui peuvent être rendus interopérables avec ceux des concurrents (section 1). Il s'agit surtout des exceptions prévues par l'article L. 122-5 du CPI. La liberté de création est alors délimitée, permettant de ne pas entraver excessivement les droits des auteurs de l'œuvre utilisée. Elle correspond à des besoins spécifiques et leur intégration à la loi sur le droit d'auteur les rend *a priori* incontournables¹⁵⁵¹, ou au moins offre une plus grande sécurité juridique aux auteurs de ces œuvres. Leur existence relève non seulement la liberté de création, mais également la liberté d'expression, qui peuvent avoir ici le même objectif. Toutes ne sont pas basées sur la liberté de création. Cependant, la citation, l'analyse, la caricature ou la parodie peuvent être considérées comme des manifestations de la liberté de création, ainsi que de la liberté d'expression. Elles sont garanties par le droit d'auteur (section 2). Enfin, la liberté de création est permise par le droit d'adaptation. Cependant, cette possibilité, issue du code de la propriété intellectuelle, dépend de la volonté des parties au contrat conclu en vue de cette adaptation. Elles déterminent alors l'étendue de la liberté de création. La création dépendant donc d'une autorisation de l'auteur de l'œuvre préexistante, cet aspect de la liberté de création sera donc envisagé ultérieurement¹⁵⁵².

¹⁵⁵¹ Cela n'est pas toujours le cas, l'appréciation de leur validité revient au juge, qui a une certaine marge d'appréciation. Il a par exemple estimé que l'humour pouvait consister en un hommage (à propos d'une parodie). D'autres exceptions ne relevant pas de la liberté de création comme la copie privée ont pu être tout simplement écartées : voir notamment M. VIVANT, « Autre regard... », *propr. intell.* juillet 2007, n°24, p. 364 et suiv., à propos de l'affaire Mulholland Drive, cass. civ. 1^{re}, 26 février 2006 ; com. Ph. GAUDRAT, « L'arrêt Mulholland Drive du 28 février 2006 (première Chambre civile) », *RTD com*, avril 2006, n°2, p. 400 ; A. LUCAS, « L'apposition d'une mesure technique de protection sur un DVD est légitime au regard de l'exception de copie privée », *JCP G*, 24 mai 2006, n°21, II, p. 1065 ; M. LECARDONNEL, « Nouvelle donne pour la copie privée », *Legalis.net*, juin 2006, n°2, p. 15 ; S. DUSOLIER, « Le dernier tournant de l'affaire « Mulholland Drive » », *Auteurs & Média*, juin 2006, n°2, p. 177 ; G. JAHAN, « DMCA et DADVSI : la copie privée menacée par les mesures techniques de protection », *Gazette du palais*, 19 juillet 2006, n°200, p. 26 ; CA Paris, 4^e ch., section A, 4 avril 2007 : com. Ch. CARON, « Affaire Mulholland Drive : suite et (peut-être) épilogue », *com. electr.*, mai 2007, n°5, p. 34 ; J. DALEAU, « Epilogue de l'affaire Mulholland Drive », *Dalloz*, 2007, n°18, p. 1209 ; N. CRAIPEAU, « Libres propos sur l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 4 avril 2007 », *RLDI*, juillet 2007, n°29, p.9

¹⁵⁵² Voir *infra* n° 500 et suiv.

Section 1 : L'interopérabilité des logiciels

315. Définition. L'interopérabilité est, selon la directive du 14 mai 1991, « *la capacité d'échanger des informations et d'utiliser mutuellement les informations échangées* »¹⁵⁵³. La loi qui prévoit la possibilité de décompiler les logiciels à des fins d'interopérabilité est une disposition d'ordre public¹⁵⁵⁴.

316. Une liberté accrue en raison de la logique concurrentielle prévalant dans ce secteur. Les tiers peuvent donc « *procéder au décodage du programme d'autrui* »¹⁵⁵⁵, afin de permettre la communication entre logiciels ou entre logiciels et appareil. Le droit d'auteur semble ici malmené dans la mesure où l'interopérabilité est un « *acte méconnaissant à la fois le monopole de reproduction et le droit de divulgation de l'auteur* »¹⁵⁵⁶. Il s'agit d'un procédé qui semble correspondre davantage à la logique de la propriété industrielle - lequel accorde des licences obligatoires - et non du droit d'auteur¹⁵⁵⁷. La libre concurrence est un aspect essentiel de l'interopérabilité¹⁵⁵⁸. La liberté de création, permise par cette faculté de pouvoir s'insérer sur un marché a priori verrouillé, dans la mesure où le concurrent est en « *présence de standards de fait sur le marché* »¹⁵⁵⁹, est ici un aspect de la liberté du commerce et de l'industrie. Elle est permise par la logique concurrentielle¹⁵⁶⁰.

¹⁵⁵³ Directive n°91/250/CEE du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur. Cette définition est reprise par : J.-M. BRUGUIERE, « Le droit à l'interopérabilité », *comm. comm. électr.*, n°2, février 2007, étude 3 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Etre interopérable ou ne pas l'être : telle est la question ! » (à propos de l'arrêt Microsoft du Tribunal de première instance des communautés européennes du 17 septembre 2007, *comm. comm. électr.*, n°3, mars 2008, étude 6, n°7-8 ; E. TREPPOZ, « Aux confins du droit de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle : l'affaire Microsoft », *RLC*, n°17, oct./déc. 2008, dossier spécial n°1251, p.163

¹⁵⁵⁴ Ch. LE STANC, S. CARRE, « Droit des auteurs. Droits patrimoniaux. Logiciel (CPI, art. L. 122-6 à L. 122-6-2), *JurisClasseur propriété littéraire et artistique*, fasc. 1250, 2007, n° 18 : l'article L. 122-6-1 *in fine* dispose en effet que « Toute stipulation contraire aux dispositions prévues aux II, III et IV du présent article est nulle et non avenue ».

¹⁵⁵⁵ Ch. LE STANC, S. CARRE, *op. cit.* n° 18

¹⁵⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁵⁷ M. VIVANT, « Ingénierie inverse, ingénierie perverse ? », *JCP E*, n°23, 6 juin 1991, p. 56, n°10. L'auteur suggère au sujet de la protection des logiciels par un droit d'auteur aménagé, de créer une protection spécifique à la création « *faite en entreprise, en termes généraux et non point seulement quand il s'agit d'informatique* ».

¹⁵⁵⁸ « *L'interopérabilité a surtout vocation à jouer dans un contexte concurrentiel* » : J.-M. BRUGUIERE, « Le droit à l'interopérabilité », *comm. comm. électr.*, n°2, février 2007, étude 3, n°9 ; L'aspect économique prévaut clairement. Pour E. TREPPOZ, « *le droit de la concurrence constitue le vecteur général de l'interopérabilité* » et « *les questions de concurrence sont alors intégrées au sein du droit d'auteur* » : E. TREPPOZ, « Aux confins du droit de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle : l'affaire Microsoft », *RLC*, n°17, oct./déc. 2008, dossier spécial n°1251, p.163 et suiv., p. 164 n°5

¹⁵⁵⁹ J. HUET, « Le reverse engineering, ou ingénierie inverse, et l'accès aux interfaces dans la protection des logiciels en Europe : questions de droit d'auteur et de droit de la concurrence », *Dalloz*, 1990, p. 99

¹⁵⁶⁰ L'interopérabilité repose sur une logique concurrentielle : X. LINANT DE BELLEFONDS, « Le droit de décompilation des logiciels : une aubaine pour les cloneurs ? », *JCP G*, n°12, 18 mars 1998, I, 118, n°25

317. L'interopérabilité issue de la loi du 10 mai 1994. Il existerait deux interopérabilités, d'où seraient issus deux régimes¹⁵⁶¹. L'interopérabilité a d'abord été permise par la loi du 10 mai 1994¹⁵⁶², transposant la directive est du 14 mai 1991. L'interopérabilité entre deux interfaces¹⁵⁶³ peut être rendue possible par la communication du code-source par le créateur ou l'éditeur. Ce code-source doit être compris comme « *l'ensemble des instructions rédigées en langage évolué par le développeur, qui sont compréhensibles par toute personne disposant des compétences nécessaires à leur interprétation* »¹⁵⁶⁴. Lorsque le créateur n'a pas transmis le code-source, l'utilisateur peut décompiler le programme pour le rendre interopérable avec d'autres programmes. La décompilation présente le désavantage d'être une technique coûteuse et aléatoire¹⁵⁶⁵.

318. L'interopérabilité issue de la loi du 1^{er} août 2006. La loi du 1^{er} août 2006 va au-delà. Par cette loi, l'interopérabilité a été garantie en présence de mesures techniques, pour des œuvres autres que les logiciels. Si la communication des informations nécessaires à l'interopérabilité est refusée, le premier opérateur peut se voir contraint de les communiquer par une autorité de régulation. Dans ce domaine encore, il est apparu que l'interopérabilité était indispensable au marché. Il s'agit d'ailleurs pour certains auteurs, d'une question qui intéresse directement le droit de la concurrence¹⁵⁶⁶.

Afin de déterminer ce que les créateurs peuvent librement utiliser dans les programmes protégés, nous allons successivement nous intéresser à l'interopérabilité permise par l'exception de décompilation (§ 1), puis à l'apport du droit de la concurrence pour restaurer la liberté de création (§ 2).

§ 1 : L'interopérabilité permise par l'exception de décompilation.

319. La décompilation permise. L'interopérabilité telle qu'elle est issue de l'article L.122-6-1 CPI est la finalité poursuivie par la décompilation. Par celle-ci, il est possible « *de*

¹⁵⁶¹ H. BITAN, « La loi DADVSI, ou la nécessité de clarifier les notions d'interopérabilité et de mesure technique », *RLDI*, juillet 2007, n°29, analyse 972, p. 64

¹⁵⁶² Loi n° 94-361 du 10 mai 1994

¹⁵⁶³ Il s'agit soit de la communication entre deux programmes, soit entre les programmes et le système d'exploitation : Ph. CHALLINE, « L'informatique et le régime des sources », *Dalloz*, 1997, p. 162, n°21

¹⁵⁶⁴ Ph. CHALLINE, *op. cit.* n°3

¹⁵⁶⁵ H. BITAN, *op. cit.* p. 65 ; Ph. CHALLINE, *op. cit.* : le code-objet, « *version exécutable destinée à la machine* » est « *pratiquement inaccessible, à moins d'un travail considérable de traduction, à tout acquéreur, même disposant de compétences en la matière* ».

¹⁵⁶⁶ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., 2012, n° 990, p. 790 ; E. TREPPOZ, « Aux confins du droit de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle : l'affaire Microsoft », *RLC*, n°17, oct./déc. 2008, dossier spécial n°1251, p.163 et suiv., p. 164 n°5



« reconstituer » le code source à partir du code objet » lorsque l'accès au code source n'est pas public. Cela permet ainsi de créer un autre logiciel capable de fonctionner avec le premier¹⁵⁶⁷.

La décompilation est cependant limitée, l'accès est restreint aux « informations strictement nécessaires à l'interopérabilité »¹⁵⁶⁸. La décompilation à des fins d'interopérabilité est permise lorsque les logiciels « ne sont que l'accessoire d'un élément plus complexe et que la commercialisation porte sur un modèle de disquette compatible avec un lecteur »¹⁵⁶⁹. Les parties du programme nécessaires à l'interopérabilité peuvent seules être décompilées. En pratique, il semble cependant que ces interfaces sont difficiles à trouver lorsque celui-ci n'est pas entièrement décompilé¹⁵⁷⁰. Cette condition est donc difficile, voire impossible à respecter¹⁵⁷¹.

320. Les difficultés rencontrées par les juges pour apprécier si les conditions de validité de la décompilation ont été respectées. En pratique, les conditions de la décompilation licite sont étudiées, même s'il est difficile de déterminer ce qui a été décompilé et la finalité de celle-ci. Ainsi, sous couvert de favoriser la création, l'interopérabilité peut servir à reproduire « une quantité substantielle de code provenant du logiciel décompilé »¹⁵⁷², comme le montre l'affaire Nintendo. Certains soulignent d'ailleurs que la décompilation peut servir à la fabrication et à l'utilisation de contrefaçons¹⁵⁷³. Les faits sont les suivants : Nintendo a constaté que des cartes dites « linker », permettant de rendre compatibles des jeux

¹⁵⁶⁷ C. BERNAULT, J.-P. CLAVIER, *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, ellipses, 2008, p.116

¹⁵⁶⁸ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, n° 629

¹⁵⁶⁹ CA Paris, 14^e ch., B, 12 décembre 1997, « L'interdiction de l'article L. 122-6-1 du code de la propriété intellectuelle ne vise que les logiciels en tant que tels et non pas lorsqu'ils ne sont que l'accessoire d'un élément plus complexe et que la commercialisation porte sur un modèle de disquette compatible avec un lecteur », *Dalloz*, som. p. 38

¹⁵⁷⁰ N. PINTO, D. TAYLOR, « La décompilation des logiciels : un droit au parasitisme », *Dalloz* 1999, p. 66

¹⁵⁷¹ M. VIVANT, « Ingénierie inverse, ingénierie perverse ? », *JCP E* 1991, I, n° 56. A propos de l'affaire Nintendo, les juges n'ont pas précisé quelles étaient les parties du logiciel qui avaient été décompilées.

¹⁵⁷² A.-S. LAMPE, S. LERICHE, obs. TGI Paris, 3^e ch., 3 décembre 2009, nos 0824995002 et 0831990115, Ministère public c/ Louarn et a., « Contrefaçon de logiciel, exception de décompilation et contournement de Mesures Techniques de Protection (MTP) : l'affaire Nintendo, ou la difficulté de la preuve au secours des distributeurs de « linkers » », *RLDI*, février 2010, n°57, p. 22 et suiv.

¹⁵⁷³ A.-S. LAMPE, S. LERICHE, obs. TGI Paris, 3^e ch., 3 décembre 2009, « Contrefaçon de logiciel, exception de décompilation et contournement de Mesures Techniques de Protection (MTP) : l'affaire Nintendo, ou la difficulté de la preuve au secours des distributeurs de « linkers » », *RLDI*, février 2010, n°57, p. 22 et suiv.. Voir, Th. DREIER, « La Directive du Conseil des Communautés européennes du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur », *JCP G* 1991, I, 3536. Cependant, X. LINANT DE BELLEFONDS, in « Le droit de décompilation des logiciels : une aubaine pour les cloneurs », *JCP G* 1998, I, n° 118 s'oppose à cette interprétation arguant que la « substitutivité » est clairement exclue de l'usage permis étant donné que dans le cas contraire, elle légitimerait le « clonage » de logiciel ; Ch. FERAL-SCHUHL s'y opposait également, in « Droits d'auteur : nouveautés et incertitudes de la Directive européenne sur la protection des programmes d'ordinateur », *Gaz. Pal.* 19 mars 1992, doctrine p. 209 et suiv..



vidéo non fournis par Nintendo et la console Nintendo, étaient importés et commercialisés. Celles-ci permettent à un « *utilisateur ayant téléchargé un jeu vidéo piraté de le transférer de son ordinateur vers la mémoire du dispositif en question* »¹⁵⁷⁴, les cartes « linker ». Ainsi, le jeu piraté, ou tout autre contenu transféré sur le linker, peut être chargé, affiché et exécuté sur les consoles Nintendo DS¹⁵⁷⁵.

Or les consoles en question sont protégées notamment par des mesures techniques de protection, consistant en un code de démarrage, permettant à la console de déterminer le caractère authentique du jeu. L'interaction entre la console et les linkers ne peut résulter que d'une opération de décompilation. Et sous réserve des exceptions prévues à l'article L. 122-6-1 CPI, la décompilation est interdite¹⁵⁷⁶.

En première instance, la décompilation pour permettre l'interopérabilité a été considérée licite¹⁵⁷⁷, bien qu'en l'espèce, celle-ci soit invoquée par les distributeurs. Le programme décompilé peut être celui avec lequel l'interopérabilité est recherchée, il est possible également de décompiler un logiciel pour permettre l'interopérabilité avec un logiciel tiers.

¹⁵⁷⁴ A.-S. LAMPE, S. LERICHE, obs. TGI Paris, 3^e ch., 3 décembre 2009, « Contrefaçon de logiciel, exception de décompilation et contournement de Mesures Techniques de Protection (MTP) : l'affaire Nintendo, ou la difficulté de la preuve au secours des distributeurs de « linkers », *RLDI*, février 2010, n°57, p. 22 et suiv.

¹⁵⁷⁵ *Ibid.*

¹⁵⁷⁶ Article L. 122-6 CPI : « *Sous réserve des dispositions de l'article L. 122-6-1, le droit d'exploitation appartenant à l'auteur d'un logiciel comprend le droit d'effectuer et d'autoriser :*

1° La reproduction permanente ou provisoire d'un logiciel en tout ou partie par tout moyen et sous toute forme. Dans la mesure où le chargement, l'affichage, l'exécution, la transmission ou le stockage de ce logiciel nécessitent une reproduction, ces actes ne sont possibles qu'avec l'autorisation de l'auteur ;

2° La traduction, l'adaptation, l'arrangement ou toute autre modification d'un logiciel et la reproduction du logiciel en résultant ;

3° La mise sur le marché à titre onéreux ou gratuit, y compris la location, du ou des exemplaires d'un logiciel par tout procédé. Toutefois, la première vente d'un exemplaire d'un logiciel dans le territoire d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen par l'auteur ou avec son consentement épuise le droit de mise sur le marché de cet exemplaire dans tous les États membres à l'exception du droit d'autoriser la location ultérieure d'un exemplaire ».

¹⁵⁷⁷ Article 122-6-1 CPI : « (...) IV. — *La reproduction du code du logiciel ou la traduction de la forme de ce code n'est pas soumise à l'autorisation de l'auteur lorsque la reproduction ou la traduction au sens du 1° ou du 2° de l'article L. 122-6 est indispensable pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité d'un logiciel créé de façon indépendante avec d'autres logiciels, sous réserve que soient réunies les conditions suivantes :*

1° Ces actes sont accomplis par la personne ayant le droit d'utiliser un exemplaire du logiciel ou pour son compte par une personne habilitée à cette fin ;

2° Les informations nécessaires à l'interopérabilité n'ont pas déjà été rendues facilement et rapidement accessibles aux personnes mentionnées au 1° ci-dessus ;

3° Et ces actes sont limités aux parties du logiciel d'origine nécessaires à cette interopérabilité. Les informations ainsi obtenues ne peuvent être :

1° Ni utilisées à des fins autres que la réalisation de l'interopérabilité du logiciel créé de façon indépendante ;

2° Ni communiquées à des tiers sauf si cela est nécessaire à l'interopérabilité du logiciel créé de façon indépendante ;

3° Ni utilisées pour la mise au point, la production ou la commercialisation d'un logiciel dont l'expression est substantiellement similaire ou pour tout autre acte portant atteinte au droit d'auteur ».



En l'occurrence, le logiciel décompilé était celui d'un jeu vidéo Nintendo, permettant l'interopérabilité entre la console et le linker.

En appel¹⁵⁷⁸, l'exception d'interopérabilité a été écartée. En effet, les prévenus, qui étaient les distributeurs, ne sont pas, pour les juges, « *les utilisateurs légitimes du logiciel* ». De plus, ils « *n'ont pas demandé à Nintendo l'accès aux informations* »¹⁵⁷⁹, et « *leur but n'était pas de créer des logiciels indépendants, puisque leur objectif essentiel était de commercialiser des dispositifs contournant les mesures de protection des consoles et des cartes Nintendo DS et, ce faisant, pour porter atteinte aux droits des auteurs* »¹⁵⁸⁰. Or, l'article L. 122-1-IV du CPI ne peut s'appliquer que « *pour permettre la création de logiciels indépendants (et non contrefaisants !)* »¹⁵⁸¹.

321. L'interopérabilité pour les œuvres autres que les logiciels. L'interopérabilité a fait l'objet de nouvelles dispositions avec l'apparition des mesures techniques de protection, qui verrouillaient techniquement les « *parts de marché* ». Les distributeurs de créations sous format numérique bloquaient l'accès à celles-ci¹⁵⁸². Par la loi du 1^{er} août 2006, le logiciel bloquant cet accès doit pouvoir être interopérable, et ainsi, un autre matériel doit pouvoir accéder au contenu protégé¹⁵⁸³.

¹⁵⁷⁸ CA Paris, pôle 5, ch. 12, 26 septembre 2011, com. A.-S. LAMPE, « L'affaire Nintendo : condamnation des distributeurs de *linkers* par la Cour d'appel de Paris, Quels enseignements tirer de l'exception de décompilation aux fins d'interopérabilité et la commercialisation de moyens de contournement de mesures techniques de protection (MTP) ? », *RLDI* n° 79, février 2012, p. 16 ; L. COSTES, « Piratage Nintendo : condamnation pour atteinte à des mesures techniques de protection », *RLDI*, n°76, novembre 2011, p. 39-40

¹⁵⁷⁹ En première instance, les juges avaient affirmé que l'atteinte à une mesure technique de protection n'était pas condamnable lorsqu'il s'agit d'une œuvre logicielle, contrairement aux autres œuvres, sur le fondement de l'article L. 331-5 du CPI qui dispose que : « *Les mesures techniques efficaces destinées à empêcher ou à limiter les utilisations non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur d'une œuvre, autre qu'un logiciel, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme sont protégées dans les conditions prévues au présent titre. (...)*

Les dispositions du présent article s'appliquent sans préjudice des dispositions de l'article L. 122-6-1 du présent code ».

En appel, les juges ont simplement écarté cette possibilité en affirmant que l'exception d'interopérabilité prévue à l'article L. 331-32 CPI ne peut être retenue, dans la mesure où « *la cour se contente de constater l'absence de saisine de l'HADOPI par les prévenus pour rejeter cet argument* » : C. BERNEAULT, « L'atteinte à des mesures techniques de protection sanctionnée pour la première fois », *L'essentiel, droit de la propriété intellectuelle*, 2011, n°11, p. 3, n°181

¹⁵⁸⁰ Cité par A.-S. LAMPE, *op. cit.* p. 18

¹⁵⁸¹ C. BERNEAULT, « L'atteinte à des mesures techniques de protection sanctionnée pour la première fois », *L'essentiel, droit de la propriété intellectuelle*, 2011, n°11, p. 3, n°181

¹⁵⁸² Ph. GAUDRAT, V° « Propriété littéraire et artistique », *Rép. Civ. Dalloz*, 2010

¹⁵⁸³ H. BITAN, « La loi DADVSI, ou la nécessité de clarifier les notions d'interopérabilité et de mesure technique », *RLDI*, juillet 2007, n°29, analyse 972, p. 66



Les mesures techniques sont protégées par la loi du 1^{er} août 2006, pour des œuvres « *autre[s] qu'un logiciel* »¹⁵⁸⁴. Cette nouvelle loi ne donne pas un droit à la décompilation, mais rend obligatoire la fourniture des informations essentielles à l'interopérabilité¹⁵⁸⁵.

L'interopérabilité présente un intérêt important à la fois pour les industriels, les consommateurs et les créateurs¹⁵⁸⁶.

Certains opérateurs peuvent demander les « *informations essentielles à l'interopérabilité* »¹⁵⁸⁷ à la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet¹⁵⁸⁸.

¹⁵⁸⁴ Article L. 331-5 CPI : « *Les mesures techniques efficaces destinées à empêcher ou à limiter les utilisations non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur d'une œuvre, autre qu'un logiciel, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme sont protégées dans les conditions prévues au présent titre.*

On entend par mesure technique au sens du premier alinéa toute technologie, dispositif, composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, accomplit la fonction prévue par cet alinéa. Ces mesures techniques sont réputées efficaces lorsqu'une utilisation visée au même alinéa est contrôlée par les titulaires de droits grâce à l'application d'un code d'accès, d'un procédé de protection tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'objet de la protection ou d'un mécanisme de contrôle de la copie qui atteint cet objectif de protection.

Un protocole, un format, une méthode de cryptage, de brouillage ou de transformation ne constitue pas en tant que tel une mesure technique au sens du présent article.

Les mesures techniques ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher la mise en œuvre effective de l'interopérabilité, dans le respect du droit d'auteur. Les fournisseurs de mesures techniques donnent l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité dans les conditions définies au 1^o de l'article L. 331-31 et à l'article L. 331-32 (...).

Les dispositions du présent article s'appliquent sans préjudice des dispositions de l'article L. 122-6-1 du présent code ».

¹⁵⁸⁵ H. BITAN, « La loi DADVSI, ou la nécessité de clarifier les notions d'interopérabilité et de mesure technique », *RLDI*, juillet 2007, n°29, analyse 972, p. 66 ; J.-M. BRUGUIERE, « Le droit à l'interopérabilité », *comm. comm. électr.*, n°2, février 2007, étude 3, n° 8 : citent l'article L. 331-5 CPI

¹⁵⁸⁶ J.-M. BRUGUIERE, *op. cit.* n° 4

¹⁵⁸⁷ Article L. 331-32 CPI : « *Tout éditeur de logiciel, tout fabricant de système technique et tout exploitant de service peut, en cas de refus d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité, demander à la Haute Autorité de garantir l'interopérabilité des systèmes et des services existants, dans le respect des droits des parties, et d'obtenir du titulaire des droits sur la mesure technique les informations essentielles à cette interopérabilité. A compter de sa saisine, la Haute Autorité dispose d'un délai de deux mois pour rendre sa décision.*

On entend par informations essentielles à l'interopérabilité la documentation technique et les interfaces de programmation nécessaires pour permettre à un dispositif technique d'accéder, y compris dans un standard ouvert au sens de l'article 4 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, à une œuvre ou à un objet protégé par une mesure technique et aux informations sous forme électronique jointes, dans le respect des conditions d'utilisation de l'œuvre ou de l'objet protégé qui ont été définies à l'origine.

Le titulaire des droits sur la mesure technique ne peut imposer au bénéficiaire de renoncer à la publication du code source et de la documentation technique de son logiciel indépendant et interopérant que s'il apporte la preuve que celle-ci aurait pour effet de porter gravement atteinte à la sécurité et à l'efficacité de ladite mesure technique.

La Haute Autorité peut accepter des engagements proposés par les parties et de nature à mettre un terme aux pratiques contraires à l'interopérabilité. A défaut d'un accord entre les parties et après avoir mis les intéressés à même de présenter leurs observations, elle rend une décision motivée de rejet de la demande ou émet une injonction prescrivant, au besoin sous astreinte, les conditions dans lesquelles le demandeur peut obtenir l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité et les engagements qu'il doit respecter pour garantir l'efficacité



Celle-ci « *a le pouvoir d'infliger une sanction pécuniaire* »¹⁵⁸⁹. Il n'avait, en revanche, pas été prévu d'indemnisation¹⁵⁹⁰.

Ce mécanisme fait prévaloir une logique concurrentielle. Il est également possible de recourir au droit de la concurrence pour faire solliciter les informations nécessaires à l'interopérabilité (§ 2).

§ 2 : La liberté de création favorisée par le droit de la concurrence ?

322. Condamnation du refus de communication d'information permettant l'interopérabilité. L'interopérabilité peut être permise par le droit d'auteur mais aussi par le droit de la concurrence.

En effet, l'opérateur qui refuserait de communiquer les informations nécessaires à l'interopérabilité pourrait être sanctionné au titre d'un abus de position dominante¹⁵⁹¹. Il peut se voir imposer la diffusion de ces informations.

La commission européenne, dans une décision du 24 mai 2004, a sanctionné Microsoft, qui avait refusé de communiquer, à un concurrent, des informations permettant l'interopérabilité entre le système d'exploitation Windows, et les systèmes d'exploitation de ce concurrent¹⁵⁹². L'aspect anticoncurrentiel est évident. Il a des répercussions sur la création de produits qui pourraient concurrencer la société Microsoft¹⁵⁹³. Le besoin d'interopérabilité peut justifier

et l'intégrité de la mesure technique, ainsi que les conditions d'accès et d'usage du contenu protégé. L'astreinte prononcée par la Haute Autorité est liquidée par cette dernière.

La Haute Autorité a le pouvoir d'infliger une sanction pécuniaire applicable soit en cas d'inexécution de ses injonctions, soit en cas de non-respect des engagements qu'elle a acceptés. Chaque sanction pécuniaire est proportionnée à l'importance du dommage causé aux intéressés, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné et à l'éventuelle réitération des pratiques contraires à l'interopérabilité. Elle est déterminée individuellement et de façon motivée. Son montant maximum s'élève à 5 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques contraires à l'interopérabilité ont été mises en œuvre dans le cas d'une entreprise et à 1,5 million d'euros dans les autres cas (...) ».

¹⁵⁸⁸ Ancienne Autorité de régulation des mesures techniques

¹⁵⁸⁹ Article L. 331-32 CPI

¹⁵⁹⁰ Voir Cons. const. 27 juillet 2006, décision n°2006-540 DC

¹⁵⁹¹ C. BERNAULT, J.-P. CLAVIER, *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, ellipses, 2008, p. 231

¹⁵⁹² Comm. CE, décision n° 2007/53/CE, 24 mai 2004, aff. COMP/C-3/37.792 – Microsoft : JOUE n° L 32, 6 févr. 2007, p. 23 et suiv.. Confirmé par un arrêt du 7 septembre 2007, affaire T-201/04, Microsoft corp.c/ Commission, recueil p. II-3601 : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004TJ0201:FR:HTML>. Consulté le 9 avril 2013

¹⁵⁹³ Le Tribunal confirme en effet que le refus d'octroi d'une licence constitue notamment un obstacle à « l'apparition d'un produit nouveau sur le marché » : TPI CE 17 septembre 2007, T-201/04, pt 643



« l'exception au droit de propriété intellectuelle »¹⁵⁹⁴. Ce qui est mis en cause ici est le degré d'interopérabilité, insuffisant « pour répondre aux besoins du marché »¹⁵⁹⁵. En effet, s'il existait une certaine interopérabilité, celle-ci était insuffisante pour permettre aux concurrents de Microsoft d'interopérer dans les rapports serveurs à serveurs¹⁵⁹⁶.

323. Les critères. En l'espèce, la commission a considéré que l'information était indispensable économiquement. Il ne s'agit pas de déterminer si l'activité est viable, mais si ces informations sont indispensables à l'interopérabilité, la commission ne recherche pas s'il existe d'autres solutions¹⁵⁹⁷. Les critères sont également envisagés défavorablement pour Microsoft : la commission recherche s'il existe une « limitation non seulement de la production ou des débouchés, mais aussi du développement technique »¹⁵⁹⁸. De plus, il appartient à Microsoft de prouver que son comportement était justifié¹⁵⁹⁹.

L'interopérabilité permettrait donc que l'opérateur soit contraint de divulguer à ses concurrents qui le demandent les informations essentielles à l'interopérabilité, lorsque les instances communautaires constatent un abus de position dominante.

324. Position du conseil constitutionnel. Cela est contraire à ce qu'a affirmé le Conseil constitutionnel, en droit français à propos de la loi de 2006. Selon lui, nul ne peut être privé du droit de propriété, « si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité »¹⁶⁰⁰.

¹⁵⁹⁴ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Etre interopérable ou ne pas l'être : telle est la question ! » (à propos de l'arrêt Microsoft du Tribunal de première instance des communautés européennes du 17 septembre 2007, *comm. comm. électr.*, n°3, mars 2008, étude 6, n°4

¹⁵⁹⁵ TPI CE 17 septembre 2007, T-201/04 ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, p. 801, n° 996. Voir également R. KOVAR, « Respecter les règles de la concurrence : les déviations en matière de brevets à la croisée des droits de propriété intellectuelle et de la concurrence », in *Colloque de l'IRPI, Approches stratégiques de la propriété industrielle*, LexisNexis, 2011, p. 99 et suiv., spéc. p. 106-108.

¹⁵⁹⁶ E. TREPPOZ, « Aux confins du droit de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle : l'affaire Microsoft », *RLC*, n°17, oct./déc. 2008, dossier spécial n°1251, p.163 et suiv., p. 165 n°8. Microsoft a été à nouveau condamné par la commission pour ne pas avoir respecté la décision la condamnant, le 27 février 2008, affaire COMP/C-3/37.792

¹⁵⁹⁷ Or la théorie des facilités essentielles ne pouvait être appliquée jusque-là que lorsque le refus de communication de ces informations empêche l'apparition d'un produit nouveau : M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, p. 801, n°996

¹⁵⁹⁸ TPICE Gde ch., 17 septembre 2007, affaire T-201/04, Microsoft, JOUE n°C269, 10 novembre 2007, p. 45 pt 647

¹⁵⁹⁹ TPICE Gde ch., 17 septembre 2007, affaire T-201/04, Microsoft, JOUE n°C269, 10 novembre 2007, p. 45 pt 680. Pt 688 : Le Tribunal a affirmé qu'« Il convient de relever, à titre liminaire, que, si la charge de la preuve quant à l'existence des circonstances constitutives d'une violation de l'article 82 CE repose sur la Commission, c'est toutefois à l'entreprise dominante concernée, et non à la Commission, qu'il incombe, le cas échéant, et avant la fin de la procédure administrative, de faire valoir une éventuelle justification objective et d'avancer, à cet égard, des arguments et des éléments de preuve ».

¹⁶⁰⁰ Cons. Const. 27 juillet 2005, déc. n°2006-540 DC, pt. 41 (article 17 de la DDHC)



Le législateur a adapté la protection à la spécificité du logiciel, dont le régime de protection est présidé par « *la logique économique et industrielle* »¹⁶⁰¹. Les exceptions intégrées au droit d'auteur par l'article L. 122-5 du CPI sont en revanche la transcription d'usage, et s'appliquent à des créations dont le caractère personnaliste est présent. Elles sont des manifestations de la liberté de création garanties par le droit d'auteur (section 2).

Section 2 : Les manifestations de la liberté de création intégrées comme exceptions garanties par le droit d'auteur

325. Des exceptions aux droits des auteurs et des artistes-interprètes. L'équilibre entre le droit privatif et les libertés fondamentales a été prévu par le législateur, notamment par les exceptions inscrites à l'article L. 122-5 CPI pour les auteurs et à l'article L. 211-3 3° CPI¹⁶⁰² pour les bénéficiaires de droits voisins. Certaines de ces exceptions permettent de préserver la liberté de création. Toutes les exceptions prévues à cet article ne relèvent pas forcément de la liberté de création. Certaines protègent d'autres intérêts, comme le respect de la vie privée¹⁶⁰³.

326. La liberté d'expression. Traditionnellement, la parodie et la citation sont comprises comme des exceptions issues de la liberté d'expression¹⁶⁰⁴. Elles relèvent également de la liberté de création. La communication de l'œuvre au public est une des phases garantie par la liberté de création, dans la mesure où la divulgation est indispensable à la création. Elle « *n'a de réalité qu'à l'instant où elle quitte la sphère d'intimité du créateur et*

¹⁶⁰¹ F. MACREZ, *Créations informatiques: bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, Litec, 2011, n°239, p. 198-199

¹⁶⁰² Article L. 211-3 3° CPI : « *Sous réserve d'éléments suffisants d'identification de la source:*

— *les analyses et courtes citations justifiées par les caractères critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées;*

— *les revues de presse;*

— *la diffusion, même intégrale, à titre d'information d'actualité, des discours destinés au public dans les assemblées politiques, administratives, judiciaires ou académiques, ainsi que dans les réunions publiques d'ordre politique et les cérémonies officielles;*

— *la communication au public ou la reproduction d'extraits d'objets protégés par un droit voisin, sous réserve des objets conçus à des fins pédagogiques, à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, à l'exclusion de toute activité ludique ou récréative, dès lors que le public auquel cette communication ou cette reproduction est destinée est composé majoritairement d'élèves, d'étudiants, d'enseignants ou de chercheurs directement concernés, que l'utilisation de cette communication ou cette reproduction ne donne lieu à aucune exploitation commerciale et qu'elle est compensée par une rémunération négociée sur une base forfaitaire ».*

¹⁶⁰³ Présenté comme une des justifications de la copie privée : voir M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, n° 593

¹⁶⁰⁴ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, n° 609 ; A. LUCAS, « *Droit des auteurs. Droits patrimoniaux. Exceptions au droit exclusif (CPI, article L. 122-5 et L. 331-4)* », *jurisclasseur propriété littéraire et artistique*, fasc. 1248, 2010, n°19



est livrée au public »¹⁶⁰⁵. La liberté de création permet également de créer à partir de ce qui existe, sans devoir nécessairement demander une autorisation.

327. Des exceptions limitées. La parodie (§ 1) ou la citation (§ 2) sont des manifestations de la liberté de création. Elle est limitée aux exceptions légales. Celle-ci n'est cependant pas absolue et doit respecter les critères de validité que sont « les lois du genre ». Celles-ci ne sont pas définies¹⁶⁰⁶. Ces limites à la liberté de création ont pour but de ne pas porter atteinte aux droits du créateur de l'œuvre première, au-delà de ce qu'exige l'utilisation de l'œuvre.

§ 1 : La parodie, le pastiche, la caricature

328. La parodie est considérée comme une exception au droit d'auteur, consacrée par l'article L. 122-5-4° CPI¹⁶⁰⁷. Il s'agit d'une tradition ancienne, dont les conditions ont été précisées par les juges.

329. Une tolérance ancienne. La parodie a toujours existé. D. VOORHOOF en donne des exemples dans la Grèce antique, ou encore dans l'ancienne Rome¹⁶⁰⁸.

Si la parodie est une des manifestations de la liberté de création, la doctrine affirme que la parodie relève de la liberté d'expression¹⁶⁰⁹. En effet, celle-ci étant souvent une critique¹⁶¹⁰, autoriser la parodie revient à permettre aux auteurs d'exprimer leur jugement, notamment à

¹⁶⁰⁵ M. VIVANT, « Ingénierie inverse, ingénierie perverse ? », *JCP E*, 1991, I, 56

¹⁶⁰⁶ Voir par exemple C. COLOMBET, « La définition du pastiche », *Dalloz*, 1995, p. 56. Il se réfère en matière de parodie notamment à l'arrêt du 15 octobre 1985 de la Cour d'appel de Paris (1^{re} ch. A, *Dalloz* 1986, som. p.185, obs. C. COLOMBET) : « la parodie doit provoquer le rire à partir du travestissement comique de l'œuvre originale et non de la personnalité même de l'auteur, se distinguer suffisamment de cette œuvre pour ne pas être confondue avec elle et ne pas avoir pour but de la dénigrer ou d'en détourner le public ».

¹⁶⁰⁷ Art. L. 122-5 : « Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : (...)

4° La parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre ».

¹⁶⁰⁸ D. VOORHOOF, « La parodie et les droits moraux. Le droit au respect de l'auteur d'une bande dessinée : un obstacle insurmontable pour la parodie ? », in A. STROWEL et F. TULKENS (dir.), *Droit d'auteur et bande dessinée*, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., Paris, 1997, p. 236 et suiv., (p. 238). L'auteur donne notamment comme exemples Don Quichotte de Miguel de Cervantès, parodie du roman chevaleresque du 17^e siècle, « Die Freuden des jungen Werthers », parodie de l'œuvre de Goethe « Die Leiden des jungen Werthers ».

¹⁶⁰⁹ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, *Dalloz*, 3^e éd., 1978, n° 254 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, *Dalloz*, 2^e éd., 2012, n° 620 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., 2012, n° 446, p. 405 ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., 2009, n°382 ; S. DURRANDE, « La parodie, le pastiche et la caricature », in *Mélanges André Françon*, *Dalloz* 1995, p. 133 (141)

¹⁶¹⁰ La parodie « permet l'exercice d'un droit de critique à l'égard d'un auteur ou de ses œuvres, ou même de personnes, œuvres et/ou sujets sans rapport direct avec l'œuvre d'origine » : B. SPITZ, « Droit d'auteur, copyright et parodie, ou le mythe de l'usage loyal », *RIDA*, n°204, avril 2005, p. 61



l'origine vis-à-vis du pouvoir¹⁶¹¹. La caricature a été un moyen essentiel de critique des « *personnages ou des symboles, séculiers ou religieux* » qui étaient brocardés¹⁶¹². Ce qui a été reconnu tout d'abord était la liberté de la caricature (A). Au-delà, la parodie dans son ensemble est permise (B).

A) La liberté de caricature

330. Définition. La caricature peut être définie, dans un sens non juridique, comme un « *dessin qui exagère volontairement les traits saillants d'un visage ou d'un individu, le rendant burlesque* ». Elle est aussi une « *description satirique et outrée d'une situation, d'un événement, de la réalité* »¹⁶¹³. En droit, caricature, parodie et pastiche sont assimilés¹⁶¹⁴. La caricature est alors « *l'utilisation d'une œuvre protégée à des fins humoristiques ou de dérision* »¹⁶¹⁵.

331. La spécificité et l'évolution de la caricature. La caricature, comprise comme la représentation d'un individu¹⁶¹⁶ a connu une évolution particulière.

La satire était autorisée sous Louis XII, au début du XVI^e siècle, celui-ci « *voulut* » que les *représentations de théâtre fussent libres, malgré les sarcasmes et les satires qui y étaient dirigés contre sa personne* »¹⁶¹⁷. Cela n'a pas duré, la censure a ensuite été rétablie. La caricature, qui peut être particulièrement corrosive, s'est développée avec la Révolution française¹⁶¹⁸. La caricature en particulier a fait l'objet de plusieurs remises en cause au cours du XIX^e siècle¹⁶¹⁹. Cette liberté était associée à la liberté de la presse¹⁶²⁰ et elle affectait

¹⁶¹¹ Voir en ce qui concerne la liberté de caricature N. MALLET-POUJOL, « De la liberté de la caricature », *Légipresse* n°229, mars 2006, I, actualité, tribune p. 38

¹⁶¹² *Ibid.*

¹⁶¹³ Encyclopédie Universalis : <http://www.universalis-edu.com/>.

¹⁶¹⁴ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, n° 619 ; A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., 2006, n°405 ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., 2009, n°382 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, p. 522, n°824 ; assimilant parodie et caricature : C. BERNAULT, J.-P. CLAVIER, *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, ellipses, 2008, p. 54-55

¹⁶¹⁵ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., 2009, n°382

¹⁶¹⁶ La caricature force les traits physiques et altère la personnalité de celui qu'elle représente : TGI Paris, 17 septembre 1984, *Dalloz* 1985, IR 16, obs. R. LINDON (en l'occurrence la caricature de J.-M. Le Pen en nazi a été sanctionnée, un équilibre doit être trouvé entre la liberté du caricaturiste et les droits de la personne caricaturée).

¹⁶¹⁷ A.-Ch. RENOUARD, *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, tome 1, Jules Renouard et Cie, libraires, Paris, 1838, p. 28

¹⁶¹⁸ Th. SCHLESSER, « L'histoire de la caricature », in « Foutez-nous la paix ! Plantu et les 77 dessinateurs... », *Beaux Arts Magazine*, 2010, p. 12

¹⁶¹⁹ N. MALLET-POUJOL, « De la liberté de la caricature », *Légipresse* n°229, mars 2006, I, actualité, tribune p. 37

¹⁶²⁰ Une des ordonnances du 25 juillet 1830 de Charles X suspendait la liberté de la presse. Elle a été abrogée quelques mois plus tard. Une autre loi « *de censure des journaux de caricatures et d'interdiction de la satire*



essentiellement la scène politique¹⁶²¹, dans la mesure où il s'agissait de protéger l'image de personnages publics¹⁶²². Adolphe Tiers a soutenu dans un journal officiel, qu'il « *n'y a rien de plus dangereux [...] que les caricatures infâmes, les dessins séditieux, il n'y a pas de provocation plus directe aux attentats* »¹⁶²³. Cette méfiance à l'égard de la caricature dans la presse était étendue à tous dessins susceptibles d'être diffusés, tels que les « *dessins sur étoffe* », les « *savons* » et « *leur emballage* », et même les emblèmes scientifiques, les mémoires de l'Académie des Sciences étant soumis à cette même loi¹⁶²⁴. Les caricaturistes encouraient des amendes, voire la prison¹⁶²⁵. Les lois liberticides de septembre 1835 avaient interdit les discussions en particulier sur le roi et la monarchie. La caricature politique a été remplacée par la caricature de mœurs. Le pouvoir était néanmoins caricaturé par certains dessinateurs, malgré les peines encourues. La censure de la « *presse illustrée* » va être abrogée avec la loi de 1881, seul l'outrage aux bonnes mœurs sera conservé. Elle consistait en un régime d'approbation préalable pour les dessins, gravures et lithographies¹⁶²⁶. La censure à l'égard des œuvres d'art « *représentant les traits du Chef de l'Etat* » a sévit de nouveau en 1941 jusqu'à la libération¹⁶²⁷.

332. La caricature actuelle en droit français. La caricature s'attaque à la vie politique, à l'actualité internationale, par le biais de la presse, mais également par la télévision. La caricature est encore aujourd'hui sujette à des restrictions en particulier lorsqu'il s'agit de personnes publiques¹⁶²⁸. Elle est cependant acceptée sous couvert du genre humoristique du journal ou de l'émission¹⁶²⁹.

politique » va être votée en 1835 : N. MALLET-POUJOL, « De la liberté de la caricature », *Légipresse* n°229, mars 2006, I, actualité, tribune p. 37

¹⁶²¹ Citée par N. MALLET-POUJOL, *op. cit.* p. 37, la condamnation du fondateur du journal *Le Charivari* (Philipon, également l'auteur des dessins) ayant publié de caricatures du roi Louis-Philippe en 1834, comparant le roi et une poire.

¹⁶²² N. MALLET-POUJOL, *op. cit.* p. 38

¹⁶²³ Cité par Th. SCHLESSER, « L'histoire de la caricature », in « Foutez-nous la paix ! Plantu et les 77 dessinateurs... », éd. beaux arts magazine, 2010, p. 15

¹⁶²⁴ N. MALLET-POUJOL, *op. cit.* p. 37

¹⁶²⁵ Comme exemple parmi d'autres : Daumier a été envoyé en prison pour sa caricature de Louis-Philippe en Gargantua avalant des sacs d'or et déféquant des récompenses : voir Th. SCHLESSER, *op. cit.* p. 16

¹⁶²⁶ N. MALLET-POUJOL, *op. cit.* p. 38

¹⁶²⁷ N. MALLET-POUJOL, « De la liberté de la caricature », *Légipresse* n°229, mars 2006, I, actualité, tribune p. 38 : décret du 27 janvier 1941, JO 26 janvier 1941, p. 436, *Dalloz* 1941, législation p. 32 ; remplacé par la loi du 18 juillet 1941 portant réglementation de la reproduction des traits du Chef de l'Etat : JO 26 juillet 1941, p. 3130.

¹⁶²⁸ *A priori* dans le sens d'une tolérance : TGI Paris, réf. 17 mars 1988, *Gazette du palais*, 1988, 2, somm. p. 360 : caricatures de Mitterrand. Limite : TGI Nancy, réf., 15 octobre 1976, note R. LINDON, *JCP* 1977, II, 18526, à propos de la Giscarte, représentant Giscard comme de grands personnages de l'histoire de France dans



333. L'appréciation de la caricature par les juges européens. La Cour EDH a également eu à déterminer quelles étaient les limites de la caricature. Ainsi, la caricature représentant une juge au bras d'un homme portant un sac rempli d'argent a été considérée comme excédant les limites de la critique admissible au sens de l'article 10.2 CEDH¹⁶³⁰. En l'espèce, les juges ont estimé que l'article et la caricature l'accompagnant faisaient comprendre que la juge avait perçu des pots de vin et qu'elle avait été complice de la conclusion de contrats illégaux. Or rien n'était de telles accusations. Les juges européens évaluent également si la peine infligée est proportionnée ou non. L'affaire de la caricature de la juge a été portée devant la grande chambre. Les juges ont alors estimé que la peine était disproportionnée, et attentatoire à la liberté d'expression, dans la mesure où les requérants ont été condamnés à de la prison ferme ainsi qu'à l'interdiction d'exercer leurs droits civils - peines pour lesquelles ils ont été graciés - et une interdiction d'exercer leur métier de journaliste pendant un an. Pour la grande chambre, les juges roumains ont méconnu le « principe en vertu duquel la presse doit pouvoir remplir son rôle de chien de garde au sein d'une société démocratique ». Il y a eu violation de l'article 10 CEDH¹⁶³¹.

Dans une autre affaire, les juges européens ont estimé que la liberté de création du caricaturiste ne pouvait être moindre que celle accordée au journaliste, même si la portée de la caricature est considérée comme particulièrement importante. Le dessin avait été considéré comme étant un moyen d'expression rendant le propos peut être plus frappant, plus fort qu'un article de presse, même si les faits étaient de notoriété publique comme en l'espèce. Ainsi, les autorités turques avaient relevé que les faits étaient relatés dans la presse, à la télévision et

un jeu de cartes : « Toute liberté dans la création artistique trouve sa limite dans le droit que chaque personne a sur son image, droit qui deviendrait pratiquement illusoire s'il pouvait être impunément violé au nom de la liberté d'expression ». Ces cartes caricaturant Giscard avaient fait l'objet d'une mise sous séquestre. La caricature peut en effet être restreinte par la protection des droits de la personnalité : F. FIECHTER-BOULVARD, « La caricature : dualité ou unité », *RTD civ.*, 1997, p. 67.

¹⁶²⁹ TGI Paris, 17 septembre 1984, « Collaro », *Dalloz* 1985, som. p. 16, confirmé par CA Paris, 22 novembre 1984, *dalloz* 1985, som. p. 164, obs. R. LINDON ; TGI Paris, 17^e ch. corr., « Le Pen c/ Bedos », note Ph. BLIGER, *gazette du palais*, 1992, 1, p. 182 ; cass. 2^e civ., 2 avril 1997, « Calvet », B. EDELMAN, « La cour de cassation ne rit pas », *Dalloz* 1997, p. 411 ; J.-P. GRIDEL, « Brèves remarques approbatives de la cassation intervenue dans l'affaire dite des Guignols de l'info », *Dalloz* 1998, chron., p. 183 ; Ch. BIGOT, « Condamnation de l'émission télévisée « Les Guignols de l'info » sur le fondement de l'article 1382 du code civil », *JCP* 1998, II, 10010 : le dénigrement a été retenu. Mais la cour de renvoi n'a pas suivi : CA Reims 9 février 1999, com. B. EDELMAN, « Une belle victoire des Guignols de l'Info », *Dalloz* 1999, jurispr. p. 449 ; Ch. BIGOT, « L'humour des « Guignols de l'info » trouve grâce devant la cour de renvoi », *JCP* 1999 ; II, 10144 ; ass. Plén., 12 juillet 2000, com. A. LEPAGE, « L'humour des « Guignols de l'Info » devant l'Assemblée plénière », *JCP* 2000, II, 10439 ; B. EDELMAN, « Vers une reconnaissance de la parodie de marque », *Dalloz* 2001, jurispr. p. 259

¹⁶³⁰ *Cumpana et Mazare c/ Roumanie*, 10 juin 2003, n°33348/96

¹⁶³¹ CEDH, Grande ch., *Cumpana et Mazare c/ Roumanie*, 10 juin 2003, n°33348/96



même à l'Assemblée nationale turque¹⁶³². Elles ont estimé cependant que « *la caricature litigieuse ne se borne pas à reproduire lesdites allégations. En effet, dans la caricature en question, une image saisissante, illustrant un Etat qui incendie les villages est présentée aux lecteurs. L'Etat est ainsi outragé et vilipendé par le biais de cette caricature (...)* »¹⁶³³. Ce dessin avait entraîné la condamnation du requérant à une peine de prison de dix mois, commuée en une amende. Avant le règlement de l'affaire, celui-ci s'est vu offrir une indemnité et l'Etat turc s'est engagé à modifier le droit turc conformément aux exigences de l'article 10 de la CEDH.

Au-delà de cette forme spécifique de moquerie ou critique, la parodie est tolérée dans son ensemble (B).

B) La parodie

334. La parodie, le pastiche, la caricature ont tout d'abord été un usage. On considère que la parodie est « *une tradition française* »¹⁶³⁴. C'était, avant même sa consécration législative, un « *usage solidement implanté dans les mœurs françaises* »¹⁶³⁵.

Avant que la parodie ne fasse l'objet d'une exception par la loi de 1957, elle était admise par la jurisprudence¹⁶³⁶. Ainsi, la reprise d'un air de Carmen dans une opérette, a été considérée comme licite par les juges. Les juges ont en effet constaté que l'opérette était une « *œuvre légère, fantaisiste, ayant un caractère propre et original* »¹⁶³⁷, par opposition à l'œuvre dramatique qu'est Carmen. Les paroles évoquaient une personne dont l'« *aversion pour les bovidés [e] détournait du métier de toréador* »¹⁶³⁸. La liberté de création était donc préservée dans la mesure où la parodie était originale, donc suffisamment différente de la première

¹⁶³² Il s'agissait d'incendies de villages lors d'opérations militaires.

¹⁶³³ Cité dans CEDH, 2^e section, affaire Erkanli c/ Turquie, 13 février 2003, requête n° 37721/97, n°14

¹⁶³⁴ P. TREFIGNY, *L'imitation : contribution à l'étude juridique des comportements référentiels*, Presses universitaires de Strasbourg, 2000, p. 223

¹⁶³⁵ A. FRANCON, note sous TGI Paris, 9 janvier 1970 JCP 1971, II, 16645 ; H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, n° 254

¹⁶³⁶ P. TREFIGNY, *L'imitation : contribution à l'étude juridique des comportements référentiels*, Presses universitaires de Strasbourg, 2000, p. 225

¹⁶³⁷ Tribunal de commerce de la Seine, 26 juin 1934, cité par H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, n° 254

¹⁶³⁸ Tribunal de commerce de la Seine, 26 juin 1934, commenté par H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, n° 254 ; P. TREFIGNY, *L'imitation : contribution à l'étude juridique des comportements référentiels*, Presses universitaires de Strasbourg, 2000, p. 225



œuvre¹⁶³⁹, et où l'intention de faire rire était présente. Elle est également reconnue pour les œuvres artistiques¹⁶⁴⁰.

335. La protection par le droit d'auteur. Aujourd'hui, ces exceptions¹⁶⁴¹ sont prévues à l'article L. 122-5 4° CPI¹⁶⁴², pour que la liberté des parodistes ne soit pas entravée par le refus des auteurs des œuvres parodiées¹⁶⁴³. La qualification de parodie permet à son auteur de réutiliser une œuvre préexistante sans l'autorisation de l'auteur de l'œuvre parodiée.

336. Différences entre le pastiche et la parodie. Certains ont distingué ces termes, en les appliquant aux différents types d'œuvres¹⁶⁴⁴. Ainsi, le pastiche permettrait, plus largement de reproduire un style et non plus une œuvre déterminée¹⁶⁴⁵ et n'est pas limité par l'humour¹⁶⁴⁶. Il s'agirait donc d'une « *imitation de manière et de style permise par la loi, existe lorsque se produit, par imitation, un effet de dérision, de contradiction, inattendue ou de brocard, le piquant qui en résulte conférant dans la forme et l'imitation un caractère humoristique parfaitement compatible avec une intention de fond étrangère à tout humour* »¹⁶⁴⁷.

Pour la plupart des auteurs, la distinction entre les trois termes n'est pas utile, dans la mesure où le régime, qui leur est conféré par le législateur, est le même¹⁶⁴⁸.

¹⁶³⁹ Dans ce sens : TGI Paris, 9 janvier 1970, *JCP* 1971, 16645, note A. FRANCON ; TGI Paris, 3^e ch., 14 mai 1992, *RIDA* octobre 1992, p. 174 : « *La parodie doit s'entendre de l'imitation satirique d'une œuvre sérieuse sous une forme burlesque permettant d'identifier immédiatement l'œuvre parodiée mais en s'en distinguant nettement par le ton cocasse de la parodie, et compte tenu des lois du genre permettant aux chansonniers-imitateurs parodiques d'emprunter la musique d'une chanson en travestissant le texte* ». Voir également C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 1999, 9^e éd., n°234, p. 196

¹⁶⁴⁰ TGI Seine, 12 juin 1879, *DP*, 1880, 3, 31-31 ; *DP* tables 1877-1887, p. 784 : à propos d'une parodie d'un tableau : il n'y a pas contrefaçon car elle a été présentée au public « *non pour faire une concurrence déloyale au propriétaire de ce tableau, mais simplement à titre de critique du genre artistique adopté par le peintre* ».

¹⁶⁴¹ Voir par exemple A. LUCAS, « Droit des auteurs. Droits patrimoniaux. Exceptions au droit exclusif (CPI, article L. 122-5 et L. 331-4) », *jurisclasseur propriété littéraire et artistique*, fasc. 1248, 2010, n°3 et 13. L'utilisation du terme « exception » et non « limitation » renvoie à une interprétation stricte de celles-ci. Le principe est alors « *l'exclusivité du droit* ».

¹⁶⁴² Article L. 122-5 CPI « *Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire :*

4° *La parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre* ».

¹⁶⁴³ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France* Dalloz, 3^e éd., 1978, n° 254

¹⁶⁴⁴ H. DESBOIS, *op. cit.* n° 254, pour lequel la parodie s'adresse aux œuvres musicales, le pastiche pour les œuvres littéraires et la caricature les d'art.

¹⁶⁴⁵ La parodie ne peut s'appliquer qu'à une œuvre déterminée.

¹⁶⁴⁶ CA Versailles, 17 mars 1994. Plus récemment, CA Paris, pôle 5, ch. 1, 25 janvier 2012, comm. E.

PIERRAT, *Légipresse* n°294, mai 2012, p. 304 et suiv. : les conditions du pastiche sont ici les « *transformations, arrangements ou adaptations, fruits d'un effort créatif se donnant pour fin de faire rire ou sourire* », la non confusion avec l'œuvre parodiée, l'absence « *d'intention de nuire ou de dénigrement* ».

¹⁶⁴⁷ C. COLOMBET, « La définition du pastiche », *Dalloz*, 1995, p. 56

¹⁶⁴⁸ P.TREFIGNY, *L'imitation : contribution à l'étude juridique des comportements référentiels*, Presses universitaires de Strasbourg, 2000, p. 222 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., 2012, n° 445, p. 404 ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits*



337. Les critères de la parodie. C'est « l'utilisation d'une œuvre protégée à des fins humoristiques ou de dérision »¹⁶⁴⁹ qui est protégée. Elle permet d'emprunter des éléments d'une œuvre antérieure pour créer une « œuvre originale »¹⁶⁵⁰. Cet emprunt, lorsque l'œuvre est une parodie, ne nécessite pas d'autorisation de la part de l'auteur de l'œuvre parodiée. La liberté de création prime alors sur les droits de l'auteur de l'œuvre parodiée, celui-ci sera en effet privé d'une « partie importante de son droit moral »¹⁶⁵¹. Pour A. FRANCON, « L'artiste bénéficie d'une totale liberté de création s'il respecte les conditions exigées par la loi quelle que soit la nature de l'œuvre »¹⁶⁵². Ces conditions sont « les lois du genre ». La liberté du créateur de la parodie n'est donc pas absolue. Elle est encadrée et doit répondre à plusieurs conditions, d'ordre matériel et moral. L'œuvre parodiant ne doit pas pouvoir être confondue avec l'œuvre originale (1), l'œuvre parodiée doit être identifiable (2) et la parodie doit résulter d'une intention humoristique (3)¹⁶⁵³.

1. L'absence de confusion

338. La parodie doit être une création. Il ne doit pas y avoir de confusion possible avec l'œuvre préexistante¹⁶⁵⁴. Cela signifie que l'œuvre parodiant doit être originale, un dessin qui est « la reproduction pure et simple » d'un autre préexistant ne peut être considéré comme une parodie¹⁶⁵⁵.

339. La perception de la distinction entre les œuvres par le public. Cela ne comprend pas uniquement les copies trop proches de l'original, il faut que le public ne puisse

voisins, 2^e éd., 2009, n°382 : pour lequel ce sont « trois qualifications redondantes d'un même phénomène » ; S. DURRANDE, in « La parodie, le pastiche et la caricature », in *Mélanges André Françon*, Dalloz 1995, p. 133 (135) différencie la parodie, le pastiche et la caricature, qui sont pour elle trois genres différents, existant à la fois en littérature, dans le domaine musical et dans celui des beaux-arts.

¹⁶⁴⁹ Ch. CARON, *op. cit.* n°382 ; d'autres définitions ont été proposées, l'utilisation d'une œuvre et le but de faire rire sont constants : par exemple C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 1999, 9^e éd., n°234, p. 196

¹⁶⁵⁰ B. SPITZ, « Droit d'auteur, copyright et parodie, ou le mythe de l'usage loyal », *RIDA*, n°204, avril 2005, p. 91

¹⁶⁵¹ B. SPITZ, *op. cit.*, p. 93

¹⁶⁵² FRACON, note sous TGI Paris, 9 janvier 1970, *JCP* 1971, II, 16645

¹⁶⁵³ Ces conditions sont les mêmes lorsque la création est une interprétation : CA Paris, pôle 5, ch. 2, 21 septembre 2012, « Exception de parodie retenue au profit de l'éditeur d'une série de bandes dessinées consacrées aux enquêtes du commissaire Crémère », *Légipresse* n° 303, mars 2013, p. 140.

¹⁶⁵⁴ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *op. cit.* n° 447, p. 406 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, n° 621 ; Ch. CARON, *op. cit.* n°384 ; A. LEPAGE, « L'humour des "Guignols de l'Info" devant l'Assemblée plénière », note sous cass, ass. plén. 12 juillet 2000, *JCP G*, II, 10439, en l'espèce les juges ont estimé que « les propos incriminés relevaient de la liberté d'expression sans créer aucun risque de confusion entre la réalité et l'œuvre satirique » pour une œuvre n'étant (entre autres) pas suffisamment originale par rapport à l'œuvre que l'auteur disait avoir parodiée : CA Paris, 4e ch., B, 17 octobre 1980, Dalloz, 1982, somm. p. 43

¹⁶⁵⁵ CA Paris, 4e ch., B, 17 octobre 1980, *Dalloz* 1982, somm. p. 43



pas se tromper sur l'origine de l'œuvre¹⁶⁵⁶. Ainsi, la cour d'appel de Paris a rejeté l'application de l'article L. 122-5-4° CPI à un livre dont la couverture ne permettait pas, pour le consommateur, de comprendre qu'il s'agissait d'un pastiche. En l'espèce, les juges ont estimé que le titre « le monde d'Anne-Sophie » à la place du « Monde de Sophie » ne provoquait pas d'effet humoristique surajouté. De plus, les « *inscriptions fantaisistes inscrites sur la première page* » n'étaient pas « *suffisamment lisibles pour être vues dans leur fonction comique* »¹⁶⁵⁷. Ils ont pourtant reconnu que les pages intérieures révélaient qu'il s'agissait d'un pastiche.

Cette solution s'explique par le fait que la perception de la distinction entre les œuvres par le public doit être immédiate.

Cependant, on peut constater que l'appréciation de la qualification de parodie par les juges est variable et subjective. En effet, dans une autre affaire, si les premiers juges ont estimé qu'il y avait un risque de confusion, en appel, ce jugement a été infirmé. En première instance, le texte d'une chanson était tellement peu modifié qu'un « *public peu averti pouvait prendre la parodie pour la reproduction pure et simple de l'œuvre parodiée* ». La mention « *Jacques Faizant d'après Jacques Prévert* » n'avait pas suffi à différencier les deux œuvres¹⁶⁵⁸.

Sous cette réserve, l'emprunt peut être large¹⁶⁵⁹.

La parodie doit donc être clairement distincte de l'œuvre parodiée. Cependant, cette dernière, à travers la parodie, doit être identifiable (2).

2. Identification de l'œuvre parodiée

340. L'œuvre parodiée doit être connue. Néanmoins « *le lien de filiation avec l'œuvre visée* »¹⁶⁶⁰ doit apparaître. Cela sous-entend que l'œuvre qui est parodiée doit être connue¹⁶⁶¹.

¹⁶⁵⁶ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, n° 621 ; B. SPITZ, « Droit d'auteur, copyright et parodie, ou le mythe de l'usage loyal », *RIDA*, n°204, avril 2005, p.113

¹⁶⁵⁷ CA Paris, 4^e ch., section B, *Légipresse* n°203, juillet août 2003, I actualité, p.99

¹⁶⁵⁸ A. FRANCON, « Exception de parodie. Condition d'exercice. Sardou et autres c/ Lamy, TGI Paris 14 mai 1992 ; Sté Enoch c/ Faizant et Le Point, TGI Paris, 7 octobre 1992, inédit », *RTD com*, 1993, p. 96

¹⁶⁵⁹ B. SPITZ, « Droit d'auteur, copyright et parodie, ou le mythe de l'usage loyal », *RIDA*, n°204, avril 2005, p.111

¹⁶⁶⁰ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., 2012, n° 447, p. 406

¹⁶⁶¹ S. DURRANDE, « La parodie, le pastiche et la caricature », in *Mélanges André Françon*, Dalloz 1995, p. 133 (138)

341. Le genre de l'œuvre parodiant. Peu importe également que la parodie emprunte un genre différent de l'œuvre parodiée. Une parodie de bande dessinée peut prendre la forme d'un roman, comme cela a été le cas des parodies de différentes bandes dessinées. La parodie sous forme de romans des albums de Tintin a été reconnue licite¹⁶⁶². Elle montre de plus une distanciation, évitant tout risque de confusion, entre l'œuvre parodiée et la parodie, « *ce style écrit [priviliégiant] les bons mots et les jeux de mots* »¹⁶⁶³. Ces livres ont eu pour titre « Le Crado pince fort », « Le vol des 714 porcineys », « L'oreille qui sait », « La lotus bleue », « Saint-Tin au Gibet ». Pour affirmer qu'il s'agissait bien de parodies, les juges se sont référés aux titres, considérés comme une « *démarcation (...) sous forme de calambour, de détournement cocasse et de jeu de mots immédiatement perçus comme tel par les lecteurs* », l'image de couverture, comme les noms des personnages, modifiés, indiquent qu'il s'agit d'une parodie.

342. Le rejet du parasitisme. De plus, après avoir affirmé que « *l'exception de parodie procède de la liberté d'expression qui a valeur constitutionnelle* », les juges refusent de considérer que ces mêmes reprises puissent constituer un comportement fautif parasitaire, « *sauf à vider de toute portée l'exception de parodie* »¹⁶⁶⁴ et ce, quel que soit le nombre de romans parodiant l'œuvre d'Hergé, dans la mesure où « *chacun d'eux satisfait aux exigences de l'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle* »¹⁶⁶⁵.

Les lois du genre imposent également que la parodie procède d'une intention humoristique (3).

3. L'intention humoristique de l'auteur de la parodie

343. L'intention plaisante comprise largement. L'intention de l'auteur est prise en compte. Il doit s'agir d'une intention plaisante¹⁶⁶⁶. Elle doit être comprise largement. Si la

¹⁶⁶² CA Paris, pôle 5, ch. 2, 18 février 2011, n° rôle 09/19272, SAS Arconsil c/ sté Moulinsart SA, Mme RODWELL ; com. *Légipresse*, n° 281, mars 2011, p. 141 ; P. VILBERT, « Le rire est un droit de l'homme », *Légipresse*, n° 282, avril 2011, p. 233 et suiv.

¹⁶⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁶⁴ CA Paris, pôle 5, chambre 2, 18 février 2011, n° rôle 09/19272, SAS Arconsil c/ sté Moulinsart SA, Mme RODWELL ; com. P. VILBERT, « Le rire est un droit de l'homme », *Légipresse*, n°282, avril 2011, p. 233 et suiv. ; 281-12 « Les mêmes reprises que celles stigmatisées au titre de la contrefaçon et relevant de la parodie ne peuvent caractériser un comportement fautif parasitaire », *Légipresse*, n°281, mars 2011, p.142

¹⁶⁶⁵ CA Paris, pôle 5, chambre 2, 18 février 2011, n° rôle 09/19272, SAS Arconsil c/ sté Moulinsart SA, Mme RODWELL ; com. P. VILBERT, « Le rire est un droit de l'homme », *Légipresse*, n°282, avril 2011, p. 233 et suiv.

¹⁶⁶⁶ P.TREFIGNY, *L'imitation : contribution à l'étude juridique des comportements référentiels*, Presses universitaires de Strasbourg, 2000, p. 223 ; C. COLOMBET, CA Paris, 4^e ch., B, 17 octobre 1980, *Dalloz* 1982, somm. p. 42



parodie doit faire rire, « *l'ironie et le sarcasme* »¹⁶⁶⁷ sont également considérés comme des parodies. Dans certains cas, l'exception a été refusée, car l'œuvre seconde était considérée comme « *dénaturante* »¹⁶⁶⁸. Les juges ont estimé que le « *caractère volontairement outré de ces scènes ... sort du champ de la parodie* »¹⁶⁶⁹. Tintin avait été représenté, sur un site Internet TintinParodies, dans différentes situations. Les planches en cause le représentaient « *dans un style opposé à celui adopté par Hergé* », par exemple des « *planches montrant avec crudité l'activité sexuelle de certains personnages ("Tintin en Suisse") ou présentant "Tintin" s'injectant par intraveineuse une substance qui paraît être un stupéfiant* »¹⁶⁷⁰. Cette condamnation est discutable, parce que l'effet d'outrance est très souvent inhérent à la parodie.

344. L'extension à l'hommage. Le fait que cette condition soit aujourd'hui entendue assez largement, étend la liberté de création.

Pour S. DURRANDE, le but recherché par la parodie « *n'est pas nécessairement comique au sens de « destiné à provoquer le rire* » »¹⁶⁷¹, mais peut être limité à l'humour¹⁶⁷². Le critère qu'elle retient est le « *retournement* » ou la « *transposition du texte original* »¹⁶⁷³. Cela laisserait une plus grande liberté de création au parodiste. Cela restreindrait les conditions de l'exception de parodie. La liberté serait limitée par le fait de ne « *pas porter atteinte à la personne même de l'auteur à travers l'utilisation secondaire* » de son œuvre, et de ne pas engendrer de risque de confusion¹⁶⁷⁴.

Cette compréhension de la notion de parodie a été reprise par les juges. L'hommage a été considéré comme une parodie en l'absence d'intention humoristique. Au décès d'Yves Montand, un hommage lui a été rendu dans le journal Le Point. Étaient représentés, une caricature de Faizant représentant Montand et le texte des Feuilles mortes que celui-ci avait interprété, légèrement modifié, exprimant « *le regret de voir disparaître un grand artiste-*

¹⁶⁶⁷ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., 2009, n°383

¹⁶⁶⁸ TGI Paris, réf., 11 juin 2004, Société Moulinsart et Fanny R. c/ Eric J., comm. A. LUCAS, « 2. Exception. Parodie », *propriétés intellectuelles*, janvier 2005, n°14, p. 55-56

¹⁶⁶⁹ *Ibid.*

¹⁶⁷⁰ *Ibid.*

¹⁶⁷¹ S. DURRANDE, « La parodie, le pastiche et la caricature », in *Mélanges André Françon*, Dalloz 1995, p. 133 (137)

¹⁶⁷² S. DURRANDE, *op. cit.* (p. 139), l'humour serait plus large que le comique, il serait plus proche d'une manifestation d'émotion.

¹⁶⁷³ S. DURRANDE, *op. cit.*, p. 137

¹⁶⁷⁴ *Ibid.*



interprète »¹⁶⁷⁵. Au bas de la page, le nom de l'auteur était suivi de la mention « *d'après Jacques Prévert* ». L'éditeur de la chanson a intenté un procès car il estimait qu'il s'agissait d'une adaptation illicite. En première instance, l'exception de parodie a été refusée au second auteur et au journal, dans la mesure où les lois du genre n'étaient pas respectées pour les juges. Ils ont estimé qu'il y avait un risque de confusion et que l'œuvre en question n'était pas destinée à faire rire¹⁶⁷⁶. En appel, le risque de confusion est écarté, la cour estime en effet que l'auteur a « *retourné* » le sens de la chanson et en a fait « *de manière humoristique* », un « *hommage à la mémoire de son interprète* »¹⁶⁷⁷.

Cette interprétation est contestée par A. FRANCON¹⁶⁷⁸, pour lequel cela revient à permettre aux adaptateurs de se passer de l'autorisation de l'auteur de la première œuvre alors même que celle-ci est encore protégée¹⁶⁷⁹. La liberté de création limiterait ainsi les droits d'auteur de l'œuvre parodiée. L'auteur estime en effet que l'exception de parodie est uniquement faite pour « *sauvegarder la liberté d'expression* », dans la mesure où il est probable que de nombreux auteurs n'accorderaient pas l'autorisation de parodier leur œuvre¹⁶⁸⁰. Les exceptions peuvent-elles être étendues ou la préservation de l'équilibre des intérêts commande-t-elle une appréciation stricte des exceptions ? Il semble qu'il n'est pas souhaitable de ne pas poser de limite à la liberté de création et donc d'étendre excessivement la parodie. L'hommage, tel qu'il est présenté, ne paraît pas pour autant présenter un risque particulier pour les intérêts des auteurs, et il semble effectivement que la liberté de création doive être préservée dans ce cas.

345. Une extension de la tolérance non acquise. Cette solution n'est cependant pas acquise, et retourner le sens de l'œuvre originale peut être considéré comme une adaptation non autorisée, et donc une contrefaçon¹⁶⁸¹. Un artiste avait utilisé une affiche publicitaire pour un parfum Chanel. L'affiche reproduit une photographie de Kate Moss, torse nu, avec un collier de perles. L'artiste a travaillé directement sur l'affiche, effaçant les inscriptions

¹⁶⁷⁵ A. FRANCON, « Exception de parodie. Condition d'exercice. Sardou et autres c/ Lamy, TGI Paris 14 mai 1992 ; Sté Enoch c/ Faizant et Le Point, TGI Paris, 7 octobre 1992, inédit », *RTD com*, 1993, p. 96

¹⁶⁷⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷⁷ CA Paris, 11 mai 1993, cité par A. FRANCON, « Exception de parodie. Conditions d'exercice. Sté Enoch c/ Faizant et Le Point, Paris, 11 mai 1993, inédit », *RTD com*, 1993, p. 510

¹⁶⁷⁸ A. FRANCON, *op. cit.* p. 510

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*

¹⁶⁸¹ CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 13 janvier 2010, Moerman et Galerie Gokelaere et Janssen c/ Sarl L'Office et Issermann, comm. A. LUCAS, *propriétés intellectuelles*, avril 2010, n°35, p. 716



relatives à la promotion du parfum, redessinant un autre flacon à la place du précédent, et tatouant le corps dénudé au feutre, donnant « *l'impression que le mannequin est revêtu d'un vêtement imprimé de ramages, à manches longues, qui l'épouse parfaitement* »¹⁶⁸². Pour l'artiste, connu pour la dimension parodique de son travail, cette transformation avait pour but de « *provoquer « une réflexion, un contraste, un effet amusant » entre la « photo classieuse » de l'affiche d'origine et l'adaptation, représentant le mannequin en « égérie de la culture urbaine contemporaine* » ». Pour les juges, il ne s'agissait pas d'une parodie, mais d'une adaptation sans autorisation. Cette solution a été critiquée par A. LUCAS, qui estime que cela peut sembler sévère : une « *acception compréhensive de la parodie peut prendre appui sur le fait que la dérogation est ici fondée sur la liberté de création, corollaire de la liberté d'expression, laquelle est incontestablement une valeur essentielle dans une démocratie moderne* »¹⁶⁸³. Cette solution est d'autant plus discutable, que le travail d'un artiste a déjà été pris en compte pour déterminer l'étendue de sa liberté de création¹⁶⁸⁴.

346. L'intention de nuire, limite à la liberté de création. Si l'humour peut être compris largement, l'intention de nuire constitue une limite à la liberté de création. Evaluer ce qui distingue la parodie, nécessairement moqueuse, de l'intention de nuire est délicat¹⁶⁸⁵.

Lorsque l'intention de l'auteur est de « *nuire à l'œuvre originale ou à son auteur* »¹⁶⁸⁶, ce n'est pas une parodie mais une violation du droit de l'auteur choisi pour cible¹⁶⁸⁷, plus exactement, une « *atteinte à l'honneur et à la considération* » et une diffamation¹⁶⁸⁸. La parodie ne doit pas être dégradante¹⁶⁸⁹.

¹⁶⁸² Extrait cité par A. LUCAS, *op. cit.* p. 716

¹⁶⁸³ CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 13 janvier 2010, comm. A. LUCAS, *op. cit.* p. 717

¹⁶⁸⁴ TGI Paris, 17^e ch. corr., « Le Pen c/ Bedos », note Ph. BLIGER, *gazette du palais*, 1992, 1, p. 182

¹⁶⁸⁵ F. FIECHTER-BOULVARD, « La caricature : dualité ou unité », *Dalloz*, 1997, p. 67 et suiv., n°11

¹⁶⁸⁶ D. VOORHOOF, « La parodie et les droits moraux. Le droit au respect de l'auteur d'une bande dessinée : un obstacle insurmontable pour la parodie ? », in *Droit d'auteur et bande dessinée*, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., Paris, 1997, p. 236 et suiv., (p. 243) ; B. SPITZ, « Droit d'auteur, copyright et parodie, ou le mythe de l'usage loyal », *RIDA*, n°204, avril 2005, p. 101 ; l'outrage délibéré ne peut être considéré comme une parodie : Paris, 4^e ch., B, 22 novembre 1984, *Dalloz* 1985, somm., p.164-165

¹⁶⁸⁷ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., 2012, n° 448, p. 407

¹⁶⁸⁸ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, n° 622, R. LINDON, Paris, 4^e ch., B, 22 novembre 1984, *Dalloz* 1985, somm., p.164-165

¹⁶⁸⁹ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *op. cit.* note 3, p. 512



Par exemple, la cour de cassation a estimé que plusieurs dessins, étaient susceptibles de constituer une infraction réprimée par l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881¹⁶⁹⁰. Ces caricatures critiquant une loi, et ayant comme légende « *Loi Falloux : des crédits pour des fournitures scolaires* », représentaient notamment deux ecclésiastiques armés d'épées et de lances éventrant des enfants. En l'espèce, Charlie Hebdo n'a pas été condamné, les requérants n'ayant pas agi dans les délais. En effet, la loi de 1881 est particulièrement protectrice, et les juges refusent d'appliquer le droit commun conjointement, subsidiairement à la loi sur la presse.

La parodie est traditionnellement envisagée pour des œuvres qui n'ont pas de finalité autre qu'esthétique. La question de la possibilité de parodier des œuvres ou des personnes à des fins commerciales s'est également posée (C).

C) Finalités commerciales et lois du genre

347. Le refus de la parodie pour des créations à des fins commerciales. La parodie est-elle possible dans le domaine commercial ?¹⁶⁹¹ Pour certains auteurs¹⁶⁹², « *la finalité commerciale de la caricature ne serait [...] pas conforme aux lois du genre* »¹⁶⁹³. Ce principe a été affirmé notamment à propos de caricatures de Giscard d'Estaing représentées sur des jeux de cartes afin d'être commercialisés : « *La caricature de personnes notoires ne peut être réalisée à une fin publicitaire car elle est alors détournée de sa fin* »¹⁶⁹⁴. L'intention humoristique et le but lucratif semblaient donc incompatibles¹⁶⁹⁵.

348. La liberté du commerce et de l'industrie nécessaire à la liberté de création. Cependant, la poupée à l'effigie de N. Sarkozy destinée à être piquée avec des aiguilles, parce qu'elle était indissociable du livre qu'elle accompagnait, n'a pas été retirée de la vente car

¹⁶⁹⁰ Cass. 2^e civ., 28 janvier 1999, bull. civ. 1999 II n° 20 page 14. L'article 24 de la loi de 1881 condamne notamment « ... Ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article 23, auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, seront punis d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 45 000 € ou de l'une de ces deux peines seulement (...) ».

¹⁶⁹¹ L'évolution concernant la parodie applicable à d'autres objets de la propriété intellectuelle, non prévue par les textes, sera traitée ultérieurement.

¹⁶⁹² M. DEPADT-BELS, comm. TGI Paris, 13 février 2001, *GP* 14-16 octobre 2001, som. n° 287, p. 53 ; cité par J.-M. LEGER, « L'exception de parodie est-elle recevable en matière publicitaire ? », *RLDI*, 2005, étude n° 3

¹⁶⁹³ J.-M. LEGER, *op. cit.* ; cass. 1^{re} civ., 13 janvier 1998, J. RAVANAS, « La liberté de la caricature ne permet pas son exploitation commerciale », *Dalloz*, 1999. Jurispr. p. 120 ; Ch. BIGOT, « La liberté de la caricature ne permet pas son exploitation commerciale », *Dalloz* 1999, som. p. 167 ; J. HAUSER, « Caricature et personnalité : fallait-il épingler les épinglettes ? » *RTD civ.*, 1998, p. 341 ; TGI Nanterre, réf., 23 mars 2007, L. MARINO, « Droits de la personnalité. juillet 2006 – juillet 2007 », *Dalloz*, 2007, pan., p. 2771 ; A. LEPAGE, *CCE* 2007, Comm. n° 75

¹⁶⁹⁴ TGI Nancy, réf., 15 octobre 1976, *JCP* 1977. II. 18526, note R. LINDON

¹⁶⁹⁵ J.-M. LEGER, « L'exception de parodie est-elle recevable en matière publicitaire ? », *RLDI*, 2005, étude n° 3



cette mesure aurait été trop attentatoire à la liberté d'expression. Seul un avertissement a été ajouté sur le coffret : « *Il a été jugé que l'incitation du lecteur à piquer la poupée jointe à l'ouvrage avec les aiguilles fournies dans le coffret, action que sous-tend l'idée d'un mal physique, serait-il symbolique, constitue une atteinte à la dignité de la personne de M. Sarkozy* »¹⁶⁹⁶. La cour a affirmé que cette caricature « *n'est pas un produit purement commercial et ne caractérise pas une utilisation purement mercantile de l'image de M. SARKOZY* ». Il est difficile d'appréhender la distinction entre la caricature comprise comme un produit uniquement mercantile et celle qui ne serait pas qu'un produit « *purement commercial* », ce qui la rendrait commercialisable. J. HAUSER avait d'ailleurs estimé à propos des épinglettes¹⁶⁹⁷ que ce critère n'était pas celui qui permettait d'interdire la commercialisation de la caricature¹⁶⁹⁸. Elle était interdite car la vente dépendait de la personne reproduite et non de l'œuvre. Déterminer ce qui fait vendre reste cependant assez subjectif.

349. La parodie dans le domaine de la publicité. En matière de publicité, la parodie est difficile à apprécier. Elle a cependant été reconnue licite. Ainsi, une publicité critiquant ses éventuels concurrents, puisque celle-ci avait pour but « *de promouvoir un changement de législation et l'activité des parapharmacies E. Leclerc* », peut être considérée comme humoristique. Le dénigrement a en l'espèce été rejeté. La cour de cassation a en effet admis, que « *l'image d'une parure faite de pilules et de gélules est sans doute d'une ironie un peu*

¹⁶⁹⁶ CA Paris, 14^e ch. B, 28 novembre 2008, com. B. EDELMAN, « Le président piqué... dans sa dignité », *Dalloz*, 2009, p. 610 ; L. COSTES, « Poupée vaudou : commercialisation autorisée par la Cour d'appel de Paris », *RLDI*, décembre 2008, n°44, p. 36 ; P. LARRIEU, « Du délicat équilibre entre liberté d'expression et protection des personnes publiques (à propos de la poupée vaudou à l'effigie de Nicolas Sarkozy », *RLDC*, janvier 2009, n°56, p.35 ; Th. HASSLER, « « Poupée vaudou Sarkozy » ou la question des limites du droit à la caricature », *RLDI*, janvier 2009, n°45, p. 39 ; L. MERLET, N. VERLY, « Atteinte à la dignité du président par une poupée vaudou », *Légipresse*, janvier 2009, n°258, p.16 ; J. HAUSER, « Peut-on épingler la poupée du président? Note sous Cour d'appel de Paris, quatorzième Chambre, section B, 28 novembre 2008 », *RTD civ.*, janvier 2009, n°1, p. 93 ; A. LEPAGE, « La dignité du président de la République à l'épreuve de sa poupée vaudou », *com. com. électr.*, février 2009, n°2, p.40 ; E. DERIEUX, « Poupée vaudou : liberté d'expression et de création et droit à l'image et à la dignité », *JCP G*, 11 février 2009, n°7, II, 10026, p. 33 ; B. EDELMAN, « Le Président piqué... dans sa dignité », *Dalloz*, mars 2009, n°9, p.610 ; P.-J. DELAGE, « La dignité humaine relativisée, ou l'absolutisme de la valeur cédant devant une poupée », *RRJ*, avril 2009, n°2, p.1025 ; Centre d'étude sur la coopération juridique internationale (CECOJI-UMR 6224), équipe Propriété intellectuelle; A. ZOLLINGER, « Affaire des poupées vaudou-Confusion entre droit d'auteur et liberté d'expression ; Note sous Cour d'appel de Paris, quatorzième Chambre, section B, 28 novembre 2008, pas de RG », *JCP E*, octobre 2009, n°40, p.16

¹⁶⁹⁷ J. HAUSER, *comm. cass.* 1^{re} civ. 13 janvier 1998 « Caricature et personnalité : fallait-il épingler les épinglettes ? » *RTD civ.*, 1998, p.341

¹⁶⁹⁸ J. HAUSER, *op. cit.* : L'auteur souligne que « L'auteur d'une caricature a aussi pour but de la vendre même s'il veut également informer, sinon de quoi vivraient les dessinateurs humoristiques ? Quant au support pourquoi le papier serait-il mieux traité que les épinglettes ou tout autre support ? ». Voir également G. LOISEAU, « Le droit à l'image et la caricature à l'épreuve du marché », *JCP*, 1998, II, 10082 ; J. RAVANAS, « La liberté de la caricature ne permet pas son exploitation commerciale », *Dalloz*, 1999, p. 120 ; Ch. BIGOT, « La liberté de la caricature ne permet pas son exploitation commerciale », *Dalloz* 1999, p. 167



*agressive, mais qu'elle ne dépasse pas manifestement les limites de ce qui est permis en matière d'expression humoristique »*¹⁶⁹⁹.

La liberté de création est également protégée par la possibilité, pour le créateur, de citer l'œuvre d'un autre ou de l'analyser (§ 2). Ces exceptions ne sont pas sans limites. Tout comme la parodie, elles sont encadrées. Il semble que leur étendue, tout particulièrement celle de la notion de citation, devrait être repensée. S'il n'est pas souhaitable que la liberté de création soit absolue, celle-ci ne devrait être limitée par les droits des créateurs de l'œuvre première.

§ 2 : La citation et l'analyse

350. L'analyse et la citation sont liées dans la mesure où les caractéristiques qu'elles revêtent, comme exception au droit d'auteur, sont les mêmes (A). Ces deux notions sont associées dans l'article L. 122-5 CPI¹⁷⁰⁰. L'analyse a cependant suscité peu de jurisprudence¹⁷⁰¹. Les contours de la citation ont davantage été source de conflit (B).

A) Les notions d'analyse et de citation

351. Définitions. Ce sont les exceptions posées par l'article L. 122-5 3) du CPI¹⁷⁰². Elles permettent à un auteur de « *capter l'attention du public, pour lui expliquer, vulgariser, critiquer ou louer, etc.* » l'œuvre d'un auteur¹⁷⁰³. L'analyse est définie comme le résumé¹⁷⁰⁴

¹⁶⁹⁹ Cass. Com. 13 octobre 2009, n° 08-16.972, JurisData n° 2010-017130 com. G. DECOCQ, et A. BALLOT-LENA, « Concurrence déloyale et pratiques restrictives », *JCP E*, n°7, 17 février 2011, chron. 1135, n°16

¹⁷⁰⁰ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd. 2009, n°376

¹⁷⁰¹ C. BERNAULT, J.-P. CLAVIER, *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, ellipses, 2008, p. 18

¹⁷⁰² Art. L. 122-5 CPI : « Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire :

3^o Sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source :

a) Les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées... ».

¹⁷⁰³ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2012, 8^e éd., n° 353, p. 358-359

¹⁷⁰⁴ Voir TGI Paris, 3^e ch., 25 avril 1968, H. DESBOIS, « Propriété littéraire et artistique », *RTD com*, 1970, p. 120. A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., 2012, n° 425 : il n'y a pas forcément de résumé, elle peut également se définir comme « un emprunt permettant de décomposer l'œuvre en ses éléments essentiels ». F. POLLAUD-DULIAN estime qu'il ne s'agit pas d'un simple résumé mais d'une « réflexion critique sur l'œuvre » : F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, p. 507, n°800



d'une œuvre protégée qui présente le point de vue de l'auteur¹⁷⁰⁵. Cette exception est « curieuse » pour C. COLOMBET, il n'y a pas de condition de brièveté.

La citation est l'insertion de passage de l'œuvre d'autrui dans une autre œuvre¹⁷⁰⁶. Il s'agit d'une notion ancienne en droit d'auteur¹⁷⁰⁷, qui a d'abord été un usage¹⁷⁰⁸.

352. Fondement. Ces exceptions seraient fondées sur la diffusion de l'information¹⁷⁰⁹. Elles permettent surtout une critique, positive ou négative. La citation et l'analyse sont également nécessaire au regard de la liberté de création, dans la mesure où les œuvres doivent pouvoir être utilisées librement pour nourrir de nouvelles créations¹⁷¹⁰. La citation est, pour Ch. CARON, « une expression de la liberté d'expression et de la liberté de création en droit d'auteur »¹⁷¹¹.

353. Les lois du genre. La question qui peut se poser est celle de l'ampleur de l'analyse¹⁷¹² ou de la citation¹⁷¹³. Elle n'est pas fixée par la loi, mais la limite que la jurisprudence a suggérée est de « ne pas dispenser de recourir à l'œuvre première »¹⁷¹⁴. Elle offre donc une grande liberté à son auteur, sous cette réserve¹⁷¹⁵. Cette limite, subjective, a été très critiquée¹⁷¹⁶.

¹⁷⁰⁵ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Dalloz, 2012, n° 610 ; P. TAFFOREAU, C. MONNERIE, *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino éd., 4^e éd., 2012, n° 179 ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd. 2009, n° 376

¹⁷⁰⁶ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, n° 248 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Dalloz, 2012, n° 610 ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., 2012, n° 426

¹⁷⁰⁷ Ch. CARON, *op. cit.* n° 370 ; L. BOCHURBERG, *Le droit de citation*, Masson, Paris, 1994, p. 9

¹⁷⁰⁸ L. BOCHURBERG, *Le droit de citation*, Masson, Paris, 1994, p. 9 : il mentionne des décisions dans lesquelles « l'usage » permet les citations. Le tribunal civil de la Seine, dans une décision du 21 mars 1889, a même affirmé que le « droit de citation existe ».

¹⁷⁰⁹ Au même titre que les analyses, les revues de presse, les diffusions de discours, l'exception pédagogique... ; L. BOCHURBERG, *op. cit.* p. 11 ; pour M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, plus généralement, la citation et l'analyse sont reliées à la liberté d'expression. Ce sont des « dérogations indispensables à la liberté d'expression » : M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Dalloz, 2012, n° 610 ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2012, 8^e éd., n° 351, p. 356

¹⁷¹⁰ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd. 2009, n° 370 : cette faculté est fondamentale.

¹⁷¹¹ *Ibid.*

¹⁷¹² A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., 2012, n° 427, p. 391

¹⁷¹³ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *op. cit.* n° 614

¹⁷¹⁴ Cass. 1^{re} civ., 9 novembre 1983 (Microfor), obs. A. FRANCON, *JCP G*, 1984, II, 20189

¹⁷¹⁵ C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, 1999, 9^e éd., p. 194, n° 231

¹⁷¹⁶ P. SIRINELLI, « L'auteur face à l'intégration de son œuvre dans une base de données doctrinale. De l'écrit à l'écran », *Dalloz* 1993, chron. p. 323 (327) ; A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *op. cit.* n° 427, p. 391



354. En matière de citation. La citation doit être courte¹⁷¹⁷. Tout est affaire de proportion. Elle ne doit pas représenter une trop large part de l'œuvre originale, ni être trop importante dans l'œuvre qui l'utilise. Il a pu cependant être considéré que la reprise quasi-intégrale d'une création était valable¹⁷¹⁸. Ces différences s'expliquent par le fait que la longueur de la citation n'est pas déterminée par rapport à une mesure quantitative imposée par la loi, mais par l'usage¹⁷¹⁹. A ce propos, les juges recherchent ce qui est raisonnable¹⁷²⁰. Le rôle du juge est alors important, et explique peut-être que même si l'on constate vraisemblablement une plus grande tolérance dans l'appréciation de la courte citation, il existe souvent des solutions contraires pour des situations qui semblent similaires¹⁷²¹. La liberté de création dépend alors du juge.

Une autre conséquence de cette exigence est le fait que l'œuvre doit avoir un intérêt propre après suppression des citations¹⁷²². Cela exclut donc le recueil. En effet, « *ce que la loi autorise, ce n'est pas un recueil de citations, sous la condition que celles-ci seraient accompagnées d'un commentaire, mais au contraire l'illustration par des citations justifiées à une œuvre citante* »¹⁷²³.

La liberté laissée au créateur citant une autre œuvre a été déterminée par les juges. Il semble cependant que la liberté de création soit, en ce qui concerne l'exception de citation, excessivement restreinte (B). Non seulement, l'équilibre entre liberté de création et respect des droits de l'auteur de l'œuvre citée ne serait pas remis en cause, mais il semblerait logique, sous cette réserve, d'étendre cette exception à tout genre d'œuvre.

¹⁷¹⁷ Cette condition légale permet « *d'éviter que la citation se substitue, aux yeux du public, à l'œuvre citée et dispense de s'y référer, ce qui perturberait son exploitation* » : Ch. CARON, *op. cit.* n° 371

¹⁷¹⁸ CA Paris, 1^{er} juin 1977, Dalloz, 1978, jurispr. p. 230

¹⁷¹⁹ Ch. CARON, « Les usages et pratiques professionnels en droit d'auteur », *propriétés intellectuelles* avril 2003, n° 7, p. 127 et suiv., 9. L'auteur précise que la conformité aux « bons usages » est précisé par l'article 10 de la Convention de Berne ; L. BOCHURBERG, *Le droit de citation*, Masson, Paris, 1994, p. 9-10

¹⁷²⁰ L. BOCHURBERG, *op. cit.* p. 10

¹⁷²¹ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd. 2009, n°371 pour lequel « *il est bien difficile de tracer des lignes directrices* ».

¹⁷²² H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, n° 248, p. 313 ; J. GINSBURG et P. SIRINELLI, « Les difficultés rencontrées lors de l'élaboration d'une œuvre multimédia. Analyse des droits français et américain », *JCP G*, n°5, 31 janvier 1996, I, 3904 ; CA Paris, 1^{er} décembre 1855, *Annales de la propriété industrielle artistique et littéraire*, 1857, p. 243 (article 211)

¹⁷²³ PACTET, comm. TGI Paris, 6 juillet 1972, *Dalloz*, 1972, jurispr. p. 628 et suiv., jugement cité par H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, n° 248, p. 313

B) L'étendue de la notion de citation

355. Le genre de l'œuvre citée. La citation, exception au droit d'auteur, est bien souvent limitée au genre littéraire (1). Le droit au respect de l'œuvre première peut également limiter la liberté de création de l'auteur de l'œuvre seconde (2). La citation est donc une véritable exception, faisant prévaloir le droit d'auteur de l'œuvre citée. Il semblerait néanmoins nécessaire de recourir à la liberté de création pour redessiner les contours de l'exception de citation (3).

1. Une liberté de création limitée au genre littéraire

356. La citation d'œuvre d'art avant 1957. L'exception a, pour la jurisprudence et certains auteurs, vocation à s'appliquer principalement aux citations littéraires¹⁷²⁴. Ainsi, plusieurs décisions ont écarté la qualification de courte citation lorsque les œuvres en cause étaient des dessins ou des reportages télévisés¹⁷²⁵.

Lorsqu'il s'agit d'une image, la courte citation est problématique¹⁷²⁶. Ainsi, des arrêts ont montré que la courte citation était difficilement admise en matière d'œuvre d'art¹⁷²⁷, avant même la loi de 1957. Dans un arrêt de 1926, la cour de cassation a estimé que les images reproduisant des œuvres d'art de Rodin, de petit format et intégrées au texte, n'avaient été « *insérées qu'à titre de témoignage documentaire* »¹⁷²⁸. Cette solution a été critiquée par la doctrine, H. DESBOIS y a vu des errements¹⁷²⁹. Pour lui, autoriser la citation d'œuvres

¹⁷²⁴ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, n° 249, p. 249 et 250 ; L. BOCHURBERG, *Le droit de citation*, Masson, Paris, 1994, p. 127 ; pour M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Dalloz, 2012, n° 611, il s'agit d'une interprétation restrictive de l'article L. 122-5 3° CPI.

¹⁷²⁵ B. EDELMAN, note sous Cass. 1^{ère} civ., 4 juillet 1995, « La représentation d'une œuvre artistique dans une œuvre audiovisuelle », *Dalloz*, 1996, p. 4 ; J.-Ch. GALLOUX, « La représentation intégrale des œuvres d'un peintre au cours d'une émission de télévision ne peut constituer une courte citation », *JCP G* n° 38, 20 Septembre 1995, II 22486

¹⁷²⁶ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd. 2009, n°371

¹⁷²⁷ C. COLOMBET, TGI Paris, 30 septembre 1983, *Dalloz* 1984, somm. p. 289

¹⁷²⁸ Cass. crim., 19 mars 1926, M. NAST, *DP* 1927, I, p. 25 et suiv., voir également in L. BOCHURBERG, *op. cit.* p. 136 ; commenté également par H. DESBOIS, *op. cit.* n° 249, p. 315. Il s'agissait d'illustrations de « *développements d'un ouvrage didactique consacré à l'histoire de l'art français* ». La cour a souligné que celles-ci étaient « *presque microscopiques* », et étaient « *sans aucune valeur en dehors de l'ouvrage* ». Dans le sens du droit de citation : CA Paris, 1^{ère} ch. 20 mars 1989, Fabris c/ Loudmer, B. EDELMAN, « Chronique de propriété littéraire et artistique », *JCP* 1990, I, 3433 n° 10-12 ; TGI Paris, 3^e ch., 15 mai 1991, Antenne 2 c/ SPADEM, com. A. TRICOIRE *JCP* 1992, II, 21868 ; T. HASSLER, « La présentation de tableaux lors d'une émission télévisée à caractère d'information est une courte citation licite », *Dalloz* 1992, som. p. 74 ; *RIDA* n°150, octobre 1991, p. 164 ; E. DERIEUX, *Légipresse* décembre 1991, n°87, III, p. 137. Infirmé par CA Paris, 1^{ère} ch., section A, 7 juillet 1992, Antenne 2 c/ SPADEM, *RIDA* n°154, octobre 1992, p. 161 ; C. COLOMBET, « La communication publique à l'occasion d'une émission de télévision de fresques décorant un théâtre n'est pas justifiée par le caractère d'information de l'œuvre à laquelle leur représentation est incorporée », *Dalloz* 1993, som. com. p. 91

¹⁷²⁹ H. DESBOIS, *op. cit.* n° 249, p. 316 ; également défavorable à la citation : P. FREMOND, « Peut-on citer une photographie ? », *Cah. dr. auteur* 1991, n° 34, p. 1 s.



artistiques au sein d'ouvrages littéraires revenait à priver les artistes des revenus qu'ils tirent de la publication de leurs œuvres dans ces ouvrages¹⁷³⁰. Il semble pourtant que cet argument soit discutable, H. DESBOIS faisait référence à des reproductions « *de qualité* » « *dans des éditions de luxe* »¹⁷³¹. Les reproductions en l'espèce étaient de très petite taille, peu nombreuses et ne présentaient aucune valeur. Elles n'étaient pas réutilisables. Il a également contesté l'utilisation d'extraits musicaux, dans la mesure où l'obligation de citer le nom de l'auteur et la source ne pouvait pas être facilement respectée.

357. Le problème posé par la condition de brièveté de la citation. M. PLAISANT, en revanche, a estimé qu'il « *y a citation lorsque la reproduction est faite dans des conditions telles que son usage est strictement limité à l'illustration et la démonstration, lorsqu'elles ne présentent pas un caractère artistique ou des dimensions telles qu'elle présente un intérêt séparé du contexte* »¹⁷³². La taille ne semble cependant pas être un argument satisfaisant. Le caractère accessoire de ces reproductions et le fait qu'elles soient inutilisables en dehors de ce contexte correspondent d'avantage à la citation¹⁷³³. Cet argument a été celui mentionné à propos des œuvres audiovisuelles. N. MALLET-POUJOL et M. CORNU soulignent la particularité de la citation en audiovisuel¹⁷³⁴, qu'il s'agisse d'intégrer une œuvre audiovisuelle dans une autre œuvre, quelle qu'en soit la nature, ou d'intégrer une œuvre dessin, photographie, etc. dans une œuvre audiovisuelle. Ainsi, la différence de traitement des images est prise en compte dans l'estimation de la courte citation¹⁷³⁵. Dans ce domaine, la « courte citation » devrait donc être brève¹⁷³⁶ et accessoire.

¹⁷³⁰ H. DESBOIS, *op. cit.* n° 249, p. 316 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, collection corpus, Paris, 2005, n°511-513

¹⁷³¹ H. DESBOIS, *op. cit.* n° 249, p. 316

¹⁷³² M. PLAISANT, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 304, n°27, cité par B. EDELMAN, « Chronique de propriété littéraire et artistique », *JCP G*, n°51-52, 1987, chronique n°3312, IV

¹⁷³³ M. CORNU et N. MALLET-POUJOL, « Le droit de citation audiovisuelle : légitimer la culture par l'image », *légicom*, n°16, 1998/1, p. 126

¹⁷³⁴ M. CORNU et N. MALLET-POUJOL, *op. cit.*, p. 119

¹⁷³⁵ M. CORNU et N. MALLET-POUJOL, *op. cit.*, p. 124

¹⁷³⁶ Dans ce sens : TGI Paris, 15 mai 1991, comm. T. HASSLER, « La présentation de tableaux lors d'une émission télévisée à caractère d'information est une courte citation licite », *Dalloz* 1992, som. p. 74 ; A. TRICOIRE, *JCP G* 1992, II, 21868. Infirmé en appel, CA Paris, 7 juillet 1992, C. COLOMBET, « La communication publique à l'occasion d'une émission de télévision de fresques décorant un théâtre n'est pas justifiée par le caractère d'information de l'œuvre à laquelle leur représentation est incorporée », *Dalloz* 1993, p. 91 ; A. KEREVER, *RIDA* octobre 1992, p. 161 ; cass. 1^{re} civ. 4 juillet 1995, J.-Ch. GALLOUX, « La représentation intégrale des œuvres d'un peintre au cours d'une émission de télévision ne peut constituer une courte citation », *JCP* 1995, II, 22486

358. Le refus actuel de citation artistique. Pour M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, la vision de la citation qu'a la Cour de cassation « *est prisonnière d'une représentation littéraire de la citation* »¹⁷³⁷. La représentation intégrale d'une œuvre ne peut être considérée aujourd'hui encore comme une citation¹⁷³⁸, même si elle est en format réduit¹⁷³⁹. La cour de cassation a décidé que « *la reproduction intégrale d'une œuvre, quel que soit son format, ne peut s'analyser comme une courte citation* »¹⁷⁴⁰. Pourtant elle est parfois acceptée par les juges du fond¹⁷⁴¹. La Cour d'appel de Paris avait semble-t-il admis la citation lorsque le

¹⁷³⁷ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Dalloz, 2012, n° 613

¹⁷³⁸ Cass. 1^{re} civ., 4 juillet 1995, *RIDA*, janvier 1996, p. 263 « *la représentation intégrale d'une œuvre, quelles que soient sa forme et sa durée, ne peut s'analyser en une courte citation* ». Cass. ass. plén. 5 novembre 1993: comm. T. FOYARD, « La reproduction intégrale dans le catalogue d'un commissaire-priseur de tableaux en format réduit ne peut s'analyser en une courte citation », *Dalloz* 1994, p. 481 ; A. FRANCON, *RTD com.* 1994, p. 50 ; *RIDA*, janv. 1994, p. 320 ; A. FRANCON *JCP G* 1994. II. 22201. *A contrario*, à propos d'une photographie, Voir Paris, 2 févr. 2005 : com. Ch. CARON, « Du nouveau en matière de citation d'une photographie », *comm. comm. électr.* mai 2005, comm. 79 ; A. ZOLLINGER, « Propriété littéraire et artistique », *JCP E* 2005. 1216, n° 3 ; A. BOUVEL, « Citation d'œuvres graphiques et plastiques : les juges du fond résistent ! », *Légipresse* 2005, III, p. 131. CA Bordeaux, 13 juin 2006 : A. LUCAS, « Droit d'auteur et droits voisins », p. 309 et suiv., *Propriétés intellectuelles* 2007, n° 24, p. 319. CA Paris, 12 sept. 2008 (Etre et avoir): B. KHALVADJIAN, « « La théorie de l'accessoire » a encore de l'avenir devant elle... », *RLDI* novembre 2008, n°43, p. 57, n° 1429. TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} section, 16 décembre 2008, *Légipresse*, n°258, janvier-février 2009, p.15-16 : si la citation a été considérée comme contrefaisante, c'est en raison de la durée de l'emprunt, jugé trop important pour que la condition de brièveté soit remplie.

¹⁷³⁹ A propos d'un catalogue destiné à une vente aux enchères : Cass. 1^{re} civ., 22 janvier 1991, *RIDA* avril 1991, p. 119 ; cass. 1^{re} civ. 7 novembre 2006, *propriétés intellectuelles* 2007, n°22, p. 91 : reproduction du portrait bien connu du Che Guevara, la transformation en tête de singe ne permet pas de dire qu'il y a parodie, les juges ont estimé qu'il y avait volonté de s'approprier l'œuvre initiale pour créer un choc visuel pour la promotion d'un journal ; cass. 1^{re} civ. 10 février 1998, comm. au *JCP E* n° 14, 1998. Panorama rapide, p. 539; *Légipresse* n° 152, juin 1998, I, p. 68 ; J. PAPIERNIK-SEXER, « La reproduction intégrale d'une œuvre, quel qu'en soit le format, ne peut s'analyser en une courte citation », *Dalloz Affaire* n°108, 12 mars 1998, p. 430 : à propos de catalogue de vente judiciaire, solution qui n'est plus valable aujourd'hui pour ces catalogues, faisant l'objet d'une exception prévue à l'article L. 122-5 3°, d) ; dans le sens contraire, M. NAST, crim 19 mars 1926, *DP* 1927, I, p. 25 Cass. 1^{re} civ. 25 janvier 2005, *Bull. civ. I*, n° 44, p. 35 ; Ph. ALLAEYS, « Donation et citation d'une œuvre artistique », *Dalloz* 2005, p. 956 ; A. KEREVER, *RIDA*, avril 2005, p. 157. Cass. 1^{re} civ. 7 novembre 2006 : *Bull. civ. I*, n° 463, p. 399 ; F. POLLAUD-DULIAN, *RTD com.* 2007, p. 91 ; A. BOUVEL, « Citations d'œuvres graphiques et plastiques : les juges du fond résistent, le législateur aussi », *Légipresse* n° 240, avril 2007, III, p. 80 ; J.-M. BRUGUIERE, « Droit d'auteur et droits voisins », *Prop. intell.* janvier 2007, n° 22, p. 77 et suiv., spéc. 91. Sur renvoi après cassation : CA Paris, 12 oct. 2007: F. POLLAUD-DULIAN, *RTD com.* 2008, p. 79 ; Ch. CARON, « Résistance des juges du fond à propos de la citation intégrale d'une œuvre », *comm. comm. électr.* décembre 2007, comm. n° 145 ; V. VARET, « Vers la reconnaissance de la citation d'œuvres graphiques et plastiques ? », *Légipresse*, décembre 2007, III, p. 258. Pour la représentation intégrale dans un catalogue : CA Paris, 14 mars 2007: in A. LUCAS et J.-M. BRUGUIERE, « Droit d'auteur et droits voisins », *Prop. intell.* 2007, n° 24, chron. p. 309 et suiv., spéc. p. 318, obs. A. LUCAS. CA Paris, 4^e ch. B, 21 mars 2008: F. POLLAUD-DULIAN, *RTD com.* 2008, p. 549 ; J.-M. BRUGUIERE, *Propriétés intellectuelles* juillet 2008, n° 28, chron. p. 327

¹⁷⁴⁰ Cass., ass. plén. 5 novembre 1993, comm. A. FRANCON, *JCP G* 1994, II, 22201 ; A. FRANCON, *RTD com.* 1994 p. 50 ; Th. FOYARD, « La reproduction intégrale dans le catalogue d'un commissaire-priseur de tableaux en format réduit ne peut s'analyser en une courte citation », *Dalloz* 1994, jurispr. p. 481

¹⁷⁴¹ Paris, 4^e ch., section B, 12 octobre 2007, L. COSTES, « Reproduction d'une photographie et bénéfice de l'exception de courte citation », *RLDI*, 2008, n°34 ; Ch. CARON, « Résistance des juges du fond à propos de la citation intégrale d'une œuvre », *comm. comm. électr.*, n°12, décembre 2007, comm. 145 ; F. POLLAUD-DULIAN, « courte citation. Reproduction intégrale. But d'information d'actualité. Œuvres photographiques », *RTD com.*, 2008, p. 79 ; V. VARET, « Vers la reconnaissance de la citation d'œuvres graphiques et plastiques ? », *Légipresse*, 2007, n°247, III, p. 258 ; A. LUCAS, à propos de CA Paris, 14^e ch., B, 12 octobre 2007, SCPEc/ SA 1633, *propriétés intellectuelles*, 2008, n° 27, p. 219 : la cour d'appel a justifié sa décision par



nombre de reproduction effectué est restreint, en l'occurrence 16 poinçons avaient été reproduits sur les quelques milliers que comptait l'ouvrage de référence, l'ordre de représentation de ceux-ci était également différent de celui de l'œuvre citée, et enfin, la référence était donnée dans l'ouvrage. Les deux premiers critères non prévus par la loi semblent ici remplacer celui de brièveté¹⁷⁴². Cette solution est restée isolée.

359. Les vignettes de bandes dessinées. De même, la reproduction d'une vignette de bande dessinée n'est pas non plus considérée comme étant une citation. Cela a été affirmé en 2009, par les juges de la Cour d'appel de Versailles, à propos de la reproduction de vignettes extraites de la bande dessinée Tintin : Les vignettes sont « *protégeables en elles-mêmes, indépendamment de l'ensemble et de l'enchaînement narratif dans lequel l'auteur les a intégrées ; ces vignettes constituent des reproductions intégrales de l'œuvre* »¹⁷⁴³. Par un arrêt du 26 mai 2011, la cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Versailles, au motif que « *les vignettes litigieuses, individualisées, sont des œuvres graphiques, protégeables en elles-mêmes, et constituent, non des citations tirées d'une œuvre mais des reproductions intégrales de l'œuvre [première] (...) [et que] les reproductions contestées n'étaient, en tout cas, pas faites conformément aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but poursuivi et, partant, qu'elles ne pouvaient relever des exceptions prévues*

les arguments suivants : la reproduction de l'image « *répond à un but d'information* », « *ne porte pas atteinte à l'exploitation normale du cliché* » et il n'est « *pas démontré qu'elle ait causé un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de la société* », et est donc conforme au test en trois étapes. Ch. CARON affirme que la cour d'appel a vu dans le texte communautaire (la directive n'ayant pas été encore transposée, bien que les faits soient postérieurs à la date d'expiration du délai de transposition) « *le fondement d'une « exception d'information »* ». Cet arrêt a suscité une cassation (cass. 1^{re} civ., 22 janvier 2009, comm. par Ch. CARON, « Le juge français face à la disposition facultative d'une directive », *com. com. électr.* avril 2009, n°4, com 33 ; Ch. CARON, « Droit de la propriété intellectuelle », *JCP G* 2009, I, 30, n°10 ; A. LUCAS, *propriétés intellectuelles*, 2009, n°31, p. 165 : « *les dispositions de la directive européenne à la lumière de laquelle elle interprétait l'article L. 122-5, 3° du Code de la propriété intellectuelle, relatives à l'exception aux fins d'information, n'étaient que facultatives et ne pouvaient servir au juge national de règle d'interprétation pour étendre la portée d'une disposition de la loi nationale à un cas non prévu par celle-ci* »). Elle est justifiée pour Ch. CARON, car cela « *permet de tenir en échec des actions en contrefaçon fondées sur une reproduction intégrale non autorisée d'œuvres, ce qui impliquerait de délicats arbitrages empreints de casuistique* » : Ch. CARON, « Résistance des juges du fond à propos de la citation intégrale d'une œuvre », *comm. comm. électr.*, n°12, décembre 2007, comm. 145

¹⁷⁴² CA Paris, 4^e ch., section A, 13 mai 1986, B. EDELMAN, « Chronique de propriété littéraire et artistique », *JCP G*, n°51-52, 1987, chronique n°3312, IV, et annexe 4

¹⁷⁴³ CA Versailles, 17 septembre 2009, n° 08-4297, Sté Moulinsart c/ B. G. et a. obs. L. COSTES, « Œuvre d'Hergé : la reproduction d'une vignette de bande dessinée ne constitue pas une courte citation », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, décembre 2009, n°55, act. n°1815, p. 17. Dans le même sens que TGI Paris, 30 septembre 1983, com. C. COLOMBET, *Dalloz*, 1984, som. p. 290



par lesdits textes, non plus que du droit consacré par l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme »¹⁷⁴⁴.

Cela paraît excessif¹⁷⁴⁵. La courte citation n'est pas retenue pour l'utilisation d'une vignette de bande dessinée dans une œuvre seconde, dans la mesure où elle est considérée comme une œuvre à part entière. Elle l'est en revanche pour une photographie tirée d'un film, car l'image est alors considérée comme « *un maillon dans un enchaînement d'images* »¹⁷⁴⁶. S'il semble légitime que cette exception soit adaptée au genre de l'œuvre, dans certains cas elle a été rejetée en raison d'une conception stricte de la notion de courte citation. L'apparition fugace d'œuvres dans un reportage lors d'un journal télévisé semble pourtant correspondre à la « *finalité téléologique du droit de citation* »¹⁷⁴⁷. Elle a été considérée comme contrefaisante¹⁷⁴⁸.

360. La finalité de la citation remet en cause le rejet de la citation artistique. La citation devrait cependant être examinée plus largement, au regard de l'équilibre entre liberté de création et droits de l'auteur de l'œuvre citée. Cela permettrait de faire prévaloir la liberté de création, lorsque l'atteinte est minime, voire inexistante. Il semble souhaitable pour la liberté de création que certaines citations d'œuvres d'art soient permises, notamment à des fins critiques¹⁷⁴⁹. Ce point de vue est aujourd'hui admis par une partie de la doctrine¹⁷⁵⁰. Cette question a été soulevée à propos de la longueur de la citation. Ch. GEIGER suggère de s'inspirer de la solution allemande, qui donne une plus grande liberté de création à celui qui souhaite citer une œuvre d'art. Ainsi, la Cour constitutionnelle allemande a estimé que « *l'artiste doit pouvoir intégrer des œuvres protégées dans son œuvre sans qu'il y ait nécessairement un développement propre que la citation viendrait illustrer. La citation doit cependant être utilisée comme outil ou véhicule d'une opinion artistique exprimée par*

¹⁷⁴⁴ Cass. 1^{re} civ., 26 mai 2011, n°09-71083, note C. BERNAULT, « Tintin au pays du droit d'auteur : pas d'exception de citation pour les vignettes de BD », *L'essentiel. Droit de la propriété intellectuelle*, 2011, n°8, p. 2, n°126

¹⁷⁴⁵ Voir notamment P.-Y. GAUTIER, qui estime que ce droit de citation artistique est rejeté en termes « trop » catégoriques : P.-Y. GAUTIER, « L'élargissement des exceptions aux droits exclusifs, contrebalancé par le « test des trois étapes », *comm. comm. électr.* N°11, novembre 2006, étude 26, n°8 ; Ch. CARON, « Les droits de l'homme réconciliés avec le droit d'auteur », *comm. de CA Paris* 30 mai 2001, *Dalloz* 2001, p.2504, n°4

¹⁷⁴⁶ M. CORNU et N. MALLET-POUJOL, « Le droit de citation audiovisuelle : légitimer la culture par l'image », *légicom*, n°16, 1998/1, p. 124 : note 51, cite CA Paris, 22 mars 1995, *Gazette du palais*, 15/16 mars 1996, IV, p. 15 : la citation n'a pas été retenue en raison de la finalité non conforme au texte.

¹⁷⁴⁷ Ch. CARON, « Les droits de l'homme réconciliés avec le droit d'auteur », *comm. de CA Paris* 30 mai 2001, *Dalloz* 2001, p.2504, n°4

¹⁷⁴⁸ « Par crainte d'une cassation probable » pour Ch. CARON : Ch. CARON, *op. cit.* p. 2504, n°4

¹⁷⁴⁹ Ch. GEIGER, « Liberté de l'image et droit d'auteur », *Légicom*, n°34, 2005/2, p. 65 et suiv., spéc., p. 72

¹⁷⁵⁰ M. CORNU et N. MALLET-POUJOL, *op. cit.* p. 119 et suiv.



l'auteur »¹⁷⁵¹. La liberté de création artistique a primé sur les « *simples intérêts financiers des titulaires de droit* »¹⁷⁵².

Cette solution permettrait également une plus grande liberté de création, l'appréciation de la citation au regard du droit au respect pouvant sembler trop restrictive.

Une autre limite à l'exception de citation est qu'elle doive respecter l'œuvre première (2).

2. L'appréciation du respect de l'œuvre première

361. Le respect du droit moral de l'auteur de l'œuvre citée. Le droit moral de l'auteur de l'œuvre citée est pris en compte, la liberté de création n'est pas absolue. Au nom du droit au respect, la citation ne doit pas être dénaturante¹⁷⁵³. Cela a conduit à une certaine restriction de la liberté de création, lorsque la dénaturation a consisté en la citation d'extrait, condition de validité de la citation. Cette condition paraît excessive lorsque l'on entend par là qu'une reproduction partielle est « *nécessairement dénaturante* »¹⁷⁵⁴. L'œuvre serait indivisible¹⁷⁵⁵. C'est cet argument qui est présenté pour refuser l'exception de courte citation aux œuvres autres que littéraires. Ainsi, H. DESBOIS a estimé que les lettres s'adressent « *immédiatement à l'intelligence* », tandis que les arts s'adressent à la sensibilité¹⁷⁵⁶, ce qui conduit à exclure la possibilité de citer une œuvre d'art, par la reproduction partielle de celle-ci.

L'absence de préjudice dû à l'emprunt est néanmoins le principe. Si l'on estime que le droit au respect de l'œuvre peut être légèrement restreint afin de permettre la citation dans une œuvre seconde, il faudrait tenir compte des fins de la citation. Cela permettrait d'adapter les critères de l'exception aux œuvres. Evaluer le problème à travers la liberté de création semble opportun dans la mesure où la citation est souvent restreinte, alors même qu'elle ne remet pas en cause les droits de l'auteur de l'œuvre citée (3).

¹⁷⁵¹ Cet exemple est cité par Ch. GEIGER, *op. cit.* p. 72 : BVerfG, 29 juin 2000, « Germania 3 », GRUR 2001, p. 149. Voir également J. DE WERRA, « Liberté de l'art et droit d'auteur », *médialex* 3/01, étude p. 143 et suiv., spéc. p. 147-148

¹⁷⁵² BVerfG, 29 juin 2000, Germania 3, GRUR 2001, p. 149 : citée par Ch. GEIGER, « Droit d'auteur et droit du public à l'information (pour un rattachement du droit d'auteur aux droits fondamentaux », *Dalloz*, 2005, n°38, chron. p.2683 et suiv., spéc. p. 2688

¹⁷⁵³ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Dalloz, 2012, n° 615 ; CA Paris, 21 juin 1988, *RIDA* octobre 1988, p. 304 : une phrase présentée comme l'extrait d'une chanson dans un placard publicitaire à des fins électorales est une mutilation et une dénaturation de l'œuvre.

¹⁷⁵⁴ L. BOCHURBERG, *Le droit de citation*, Masson, Paris, 1994, p. 140

¹⁷⁵⁵ *Ibid.*

¹⁷⁵⁶ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 1978, 3^e éd., n°249



3. L'utilité de recourir à la liberté de création pour redessiner l'exception de citation

362. Les finalités de la citation énumérées par la loi. L'exception de citation n'est permise que lorsque le but poursuivi par l'auteur de l'œuvre citante est l'un de ceux énumérés par l'article L. 122-5 3° a) CPI¹⁷⁵⁷. La nécessité de finalité de citation restreint la liberté de création de celui qui veut utiliser une création antérieure dans sa propre création.

363. Exclusion de la finalité commerciale. Cela exclut « *la finalité commerciale de la citation et notamment celle qui s'effectue dans le cadre d'une publicité* »¹⁷⁵⁸. En effet, la citation dans un cadre commercial viserait à profiter de la notoriété de la création utilisée. La limite semble difficile à tracer.

364. Exclusion de l'hommage. Cela exclut également la citation artistique « *quand un auteur joue avec l'œuvre d'autrui* »¹⁷⁵⁹. Une création utilisant un extrait d'une autre œuvre, à la manière d'un clin d'œil ou d'un hommage, ne paraît pas être susceptible de porter atteinte à l'auteur de l'œuvre utilisée. Il semble donc que si la critique s'entend largement, ce type d'œuvre pourrait être inclus dans l'exception¹⁷⁶⁰. La soumission à l'autorisation de l'auteur doit-elle perdurer ? La barrière du droit au respect de l'œuvre citée est-elle suffisante ?

365. La portée de la citation et le *triple test*. Dans un arrêt rendu à propos de la citation intégrale d'une photographie dans un magazine, les juges ont admis qu'il s'agissait d'une citation licite¹⁷⁶¹. Si cette solution a été censurée par la cour de cassation¹⁷⁶², elle suggère néanmoins une interprétation plus souple de la citation¹⁷⁶³. Les juges du fond, en résistance contre la cour de cassation, avaient fait appel à la directive communautaire non encore en vigueur. Ils avaient plus particulièrement fait référence au *triple test*, s'affranchissant ainsi des restrictions que semblait imposer le droit français. Cette solution a été cassée au motif que les dispositions de la directive « *n'étaient que facultatives et ne*

¹⁷⁵⁷ Article L. 122-5 CPI : « *Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire :*

3° Sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source :

a) Les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées ».

¹⁷⁵⁸ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Dalloz, 2012, n° 615

¹⁷⁵⁹ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *op. cit.* n° 616

¹⁷⁶⁰ L'exception de parodie a en effet admis l'hommage comme une forme d'humour.

¹⁷⁶¹ CA Paris, 12 octobre 2007, com. Ch. CARON, « Résistance des juges du fond à propos de la citation intégrale d'une œuvre », *comm. com. électr.*, n°12, décembre 2007, comm. 145

¹⁷⁶² Cass. 1^{re} civ., 22 janvier 2009, com. Ch. CARON, « Le juge français face à la disposition facultative d'une directive », *comm. com. électr.*, n°4, avril 2009, comm. 33

¹⁷⁶³ L. MARINO, « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *JCP G*, 2010, n°829, p. 1523, n°12



pouvaient servir au juge national de règle d'interprétation pour étendre la portée d'une disposition de la loi nationale à un cas non prévu par celle-ci ». La cour d'appel avait en l'occurrence fait référence à une autre exception, celle écartant le droit d'auteur à des fins d'information. L'arrêt rendu par la cour d'appel présente néanmoins l'intérêt d'adapter l'exception au cas d'espèce, cette décision défendant l'équilibre entre intérêt du public et droit d'auteur. L'intérêt du public, son droit à l'information étaient favorables à la liberté de création. Ch. CARON suggère d'ailleurs que cette solution pourrait constituer « *un canal de transmission du droit à l'information du public en droit d'auteur* »¹⁷⁶⁴.

L'équilibre ainsi prôné serait propice à un rééquilibrage - mesuré¹⁷⁶⁵ - en faveur de la liberté de création. Il semble cependant que cette solution soit rejetée, en particulier parce que cela suppose une interprétation à la lumière des droits fondamentaux¹⁷⁶⁶.

366. Recours à la liberté de création ou liberté d'expression. On peut se demander si le juge national peut recourir à la liberté de création ou d'expression, garantie par l'article 10 CEDH, lorsque l'exception est trop restreinte. L'exception serait alors un droit concurrent. Il semble cependant que cette « exception » soit limitée et que le droit d'auteur prévaut. Le public, si l'on considère que la liberté de création aboutit à garantir le droit à l'information considéré comme le destinataire de l'œuvre, ne peut se prévaloir d'un droit. A ce sujet, l'affaire Utrillo¹⁷⁶⁷ a fait l'objet de nombreuses réactions. Elle pose deux difficultés. La première est celle de la compréhension de la notion de courte citation d'œuvre d'art. La seconde est le recours aux droits fondamentaux. Il semble à cet égard que l'appréciation restrictive de la citation, ne permettant pas de garantir les intérêts du public, a conduit à

¹⁷⁶⁴ Ch. CARON, « Résistance des juges du fond à propos de la citation intégrale d'une œuvre », *comm. comm. électr.*, n°12, décembre 2007, comm. 145

¹⁷⁶⁵ Voir Ch. CARON, note sous cass. 1^{re} civ., 22 janvier 2009, « Le juge français face à la disposition facultative d'une directive », *comm. com. électr.*, n°4, avril 2009, comm. 33 : « *le juge national ne peut pas étendre fortement une exception existante, ni créer de nouvelles exceptions en allant rechercher, dans l'article 5 de la directive, celles que le législateur n'a pas cru bon de transposer en son droit interne* ».

¹⁷⁶⁶ Ch. CARON, note sous cass. 1^{re} civ., 22 janvier 2009, *op. cit.* : « *il ne faut pas que le juge national abuse de l'interprétation à la lumière et selon la finalité du droit communautaire* ».

¹⁷⁶⁷ CA Paris, 4^e ch., 30 mai 2001 ; Fabris c/ Sté France 2 : *Dalloz* 2001, act. jurispr. p. 2504 ; Ch. CARON, « Les droits de l'homme réconciliés avec le droit d'auteur », *Dalloz* 2001, jurispr. p. 2504 ; V. VARET, *Légipresse* sept. 2001, n° 184, III, p. 137 ; *RJDA* 1/2002, n° 110 ; *RIDA* 1/2002, n° 191 ; Centre d'études sur la coopération juridique internationale (CECOJI-UMR 6567), H.-J. LUCAS, *JCP E*, n° 7, 13 Février 2003, 278 ; Cass. 1^{re} civ. 13 novembre 2003, comm. Ch. GEIGER, « Exception de citation et droits fondamentaux, une occasion manquée de faire avancer le discours sur les exceptions au droit d'auteur ? », *JCP G* n°21, 19 mai 2004, II, 10080 ; *JCP E* n° 3, 15 Janvier 2004, 52, panorama rapide ; *JCP G* n° 1, 7 Janvier 2004, IV 1006 sommaires de jurisprudence



l'adoption d'une nouvelle disposition, l'article L. 122-5 9° CPI¹⁷⁶⁸. La citation artistique est écartée, limitant la liberté de création de la presse en matière de citation artistique¹⁷⁶⁹.

367. Conclusion du chapitre. Il existe plusieurs exceptions aux droits d'auteur qui permettent de limiter les droits des auteurs sur leurs œuvres. Celles-ci permettent un retour au principe, la liberté. Ces limitations peuvent être spécifiques à un type de création. Ainsi, l'interopérabilité est une exception qui prend en compte la spécificité des logiciels, qui, bien que protégés par le droit d'auteur, sont protégés par le secret, dans la mesure où ils ne sont pas « lisibles ». Grâce à l'interopérabilité, la création de logiciels compatibles, notamment, est possible. Le recours au droit de la concurrence permet de compléter cette disposition. En effet, la possibilité d'accès au marché par de nouveaux concurrents, favorise la création de nouveaux logiciels compatibles avec ceux existants.

D'autres exceptions ont d'abord été un usage avant d'être consacrées par la loi. Elles intéressent tout type d'œuvres. Il s'agit de la citation ou encore la parodie. Elles sont encadrées, permettant un équilibre entre les droits d'auteur et la création future. Cependant, l'interprétation stricte des exceptions, on l'a vu, n'est pas toujours satisfaisante. Si le recours à une exception de liberté de création n'est pas forcément nécessaire, il semble qu'il faille accorder plus de souplesse dans l'interprétation de ces exceptions, conformément à la liberté de création. En effet, certaines situations ne sont pas prises en compte : l'hommage par exemple a été rattaché à la parodie, en faisant apparaître une dimension humoristique qui ne s'y trouvait pas. Il n'est en revanche pas accepté pour la citation. De plus, celle-ci est cantonnée au domaine littéraire, ce qui est contestable.

¹⁷⁶⁸ Article L. 122-5 9° CPI : « 9° La reproduction ou la représentation, intégrale ou partielle, d'une œuvre d'art graphique, plastique ou architecturale, par voie de presse écrite, audiovisuelle ou en ligne, dans un but exclusif d'information immédiate et en relation directe avec cette dernière, sous réserve d'indiquer clairement le nom de l'auteur.

Le premier alinéa du présent 9° ne s'applique pas aux œuvres, notamment photographiques ou d'illustration, qui visent elles-mêmes à rendre compte de l'information.

Les reproductions ou représentations qui, notamment par leur nombre ou leur format, ne seraient pas en stricte proportion avec le but exclusif d'information immédiate poursuivi ou qui ne seraient pas en relation directe avec cette dernière donnent lieu à rémunération des auteurs sur la base des accords ou tarifs en vigueur dans les secteurs professionnels concernés.

Les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

Les modalités d'application du présent article, notamment les caractéristiques et les conditions de distribution des documents mentionnés au d du 3°, l'autorité administrative mentionnée au 7°, ainsi que les conditions de désignation des organismes dépositaires et d'accès aux fichiers numériques mentionnés au troisième alinéa du 7°, sont précisées par décret en Conseil d'État ».

¹⁷⁶⁹ Elle ne permet cependant pas la libre reproduction « d'une œuvre d'art graphique, plastique ou architecturale (...) dans un but exclusif d'information » : TGI Paris, 6 juin 2008, Ch. GEIGER, « « Exception d'information » et droit du public à l'information : une application cumulative », *Dalloz*, 2009, p. 542

368. Conclusion du sous-titre. Les dispositions permettant de créer à partir d'une création protégée favorisent la liberté de création. Les espaces de liberté sont adaptés à chaque création. Ils sont particulièrement restreints en droit des brevets. La spécificité des obtentions végétales a conduit à l'adoption d'un droit spécifique et d'une liberté plus grande pour celui qui veut créer une nouvelle variété. En droit des marques, les finalités de celles-ci sont prises en compte. L'utilisation des marques a même été étendue, grâce au recours à d'autres droits. L'extension du droit d'auteur a été contestée. Pour délimiter les droits des utilisateurs, les juges ont eu recours à la responsabilité civile et à l'article 10 CEDH, invoqué pour le respect de la liberté d'expression et la liberté de création. L'utilisation des droits fondamentaux a permis ainsi à la fois de ne pas utiliser le droit des marques hors de ses finalités, mais de plus, de ne pas porter une atteinte excessive à leurs titulaires tout en garantissant la liberté de celui qui veut utiliser la marque, notamment à des fins de critiques.

Les créateurs de modèles ou de logiciels peuvent également utiliser les créations antérieures, afin de créer des produits interopérables. Ces dispositions ne sont pas suffisantes à la liberté de création de logiciels, en raison de restrictions à la concurrence. Elles sont donc complétées dans ce domaine, par le recours au droit de la concurrence par les juridictions communautaires.

Les exceptions tirées du droit d'auteur sont favorables à la fois aux libertés de création et d'expression. La délimitation des exceptions est parfois trop étroite, comme pour l'exception de citation.

369. Conclusion du titre. Les manifestations de la liberté de création dans les droits de propriété intellectuelle sont en premier lieu la limitation de la protection dans le temps. Les créations tombées dans le domaine public sont alors librement réutilisables, sans être à nouveau appropriables. La liberté de création résulte essentiellement de cette disposition. La durée de protection est ainsi adaptée au type de création. Le fonds commun est également constitué, plus largement, par tout ce qui n'est plus ou pas appropriable. L'étendue de la protection est également limitée par le fait que les œuvres de l'esprit, inventions, dessins ou modèles, marques... ne sont pas protégées lorsqu'elles sont considérées comme des copies d'une création antérieure. La liberté de création peut être alors invoquée en droit des dessins et modèles et en droit d'auteur par les juges. En effet, l'originalité des œuvres de l'esprit en particulier est parfois difficile à déterminer. Le recours à la liberté de création semble donc permettre une appréciation plus juste de ce qui doit être protégé.



Cet équilibre ainsi réalisé est adapté au sein des droits de propriété intellectuelle, par des exceptions et des aménagements permettant d'utiliser des créations pour des créations futures sans déposséder leurs créateurs. Elles sont encadrées en propriété industrielle, lorsque c'est nécessaire, des licences sont accordées, contre rémunération, assurant le retour sur investissement du titulaire du brevet, tout en favorisant la création. *A priori*, par ces restrictions spécifiques, l'équilibre entre appropriation et liberté de création est adaptée aux différents types de création. Cependant, on remarque que les exceptions au droit d'auteur en particulier, dans la mesure où le droit d'auteur est considéré comme un droit attaché à l'auteur, restent figées et ne sont pas ou peu modifiées en fonction des besoins. Ainsi, la citation est rendue difficile pour des œuvres autres que littéraires. Il semble pourtant que certaines utilisations, si elles sont encadrées ne portent pas atteinte au droit moral des auteurs.

370. Conclusion de la partie. La liberté de création peut être envisagée en tant que telle, comme une liberté, rattachée par les juges à la liberté d'expression le plus souvent. Elle est alors une limite externe à la propriété intellectuelle. Lorsque l'on recherche ses manifestations dans le droit, elle peut être rattachée aux droits de propriété intellectuelle. En effet, elle s'attache à un objet spécifique, protégé par les droits de propriété intellectuelle. La liberté de création paraît alors être l'espace de liberté lorsque la création n'est pas protégée par le droit. Cependant, au sein même des droits, des limites et des exceptions restreignent l'appropriation. La liberté de création est donc également favorisée par les droits de propriété intellectuelle qui permettent un équilibre entre liberté et propriété. Cet équilibre est issu de la limitation de la durée de protection des créations. Il résulte également de l'étendue de la protection, qui n'est pas accordée à toutes créations. Ainsi, la protection du droit d'auteur n'est accordée qu'aux œuvres de l'esprit, originales, seules les inventions respectant les critères de la brevetabilité peuvent être protégées. De même, les obtentions végétales, les marques, les dessins et modèles, les topographies de produit semi-conducteurs sont protégeables s'ils remplissent les conditions posées par le code de propriété intellectuelle. En plus de ces conditions, ces créations ne doivent pas être contrefaisantes, elles ne peuvent être des copies de créations préexistantes. Leur auteur doit de plus bénéficier d'une certaine liberté de création, pour les dessins ou modèles. Le recours à la liberté de création pour déterminer si une œuvre de l'esprit peut bénéficier de la protection est peu fréquent, mais permet de pallier la difficulté de déterminer l'originalité de la création. Des exceptions complètent ces dispositions, restaurant la liberté de création à partir de créations protégées par un droit de propriété intellectuelle.



L'équilibre entre protection et liberté est sans cesse remis en question, et doit être adapté. Ainsi, les droits peuvent être détournés de leur finalité, en particulier en droit des brevets. De même, une adaptation des exceptions du droit d'auteur n'est pas négative lorsque l'on considère que ces droits protègent la création faite mais également la création à venir. Il apparaît donc nécessaire de veiller à ce que la liberté de création reste au centre des droits de propriété intellectuelle.



PARTIE 2 : LES FRONTIERES DE LA LIBERTE DE CREATION

371. La liberté de création ne résulte pas uniquement de l'équilibre entre droits privés et future création au sein des droits de propriété intellectuelle. Il s'agit d'une liberté parmi d'autres droits et libertés fondamentaux. Elle est intégrée au sein d'un ensemble de normes, protégeant divers intérêts. Dans l'intérêt général, elle peut être favorisée par des incitations financières à la création. La prise en compte des besoins des créateurs n'est alors pas le résultat d'une conciliation d'intérêts, mais sont rendues nécessaires en raison de la spécificité des domaines de création. En effet, ces incitations permettent de maintenir une certaine diversité ou encouragent à la création dans des secteurs qui nécessitent des investissements importants auxquels les créateurs eux-mêmes ne pourraient pas faire face.

L'encadrement de la liberté de création, hors des droits de propriété intellectuelle, résulte de la confrontation de la liberté des créateurs avec les autres droits ou libertés. La liberté de création peut alors être limitée, afin de concilier les différents intérêts. L'ordre public et les bonnes mœurs prévalent ainsi sur la liberté de création, protégeant l'intérêt de la jeunesse ou la dignité de catégories de personnes. Des intérêts collectifs sont susceptibles de prévaloir sur la liberté de création. La recherche d'un équilibre est réalisée par les juges. La liberté de création peut également être limitée par des intérêts individuels, qu'ils soient créateurs ou non. Les frontières de la liberté de création sont difficiles à déterminer, dans la mesure où l'équilibre entre les différents droits et libertés est déterminé au cas par cas.

Si la liberté de création est le plus souvent implicite, dans certains cas, les juges peuvent avoir recours à la notion même de liberté de création. Cela a été le cas à propos des contrats de commande, puis des adaptations. Il semble aujourd'hui que la liberté de création, même lorsqu'elle est protégée par le biais de la liberté d'expression, est une préoccupation incontournable dans le domaine de la propriété intellectuelle, que les droits de propriété intellectuelle soient applicables ou non.

La liberté de création n'est pas absolue, mais ne saurait être restreinte excessivement, en raison d'une atteinte raisonnable aux droits des tiers. Les frontières de la liberté de création sont constituées par la prise en compte des intérêts des tiers, dans l'intérêt général (titre 1), et par les limites apportées par la prise en compte d'intérêts individuels concurrents, qu'il s'agisse des cocontractants des créateurs, de ceux dont l'image ou le bien a été utilisé (titre 2).

TITRE 1 : LES LIMITES DE LA LIBERTE DE CREATION DANS L'INTERET GENERAL

372. Dans certains cas, la liberté du créateur peut être limitée par l'intérêt de la société en général. En effet, la liberté de création n'est pas absolue et d'autres intérêts peuvent prévaloir sur cette liberté. Il est constaté cependant que les différents intérêts sont pris en compte et que les restrictions à la liberté de création sont, le plus possible, limitées.

373. L'intérêt général. L'intérêt général est celui de la société toute entière. Il peut avoir pour fonction « *de limiter, au nom des finalités supérieures quelle représente, l'exercice de certains droits et libertés individuelles* », notamment le droit de propriété et la liberté d'entreprendre¹⁷⁷⁰. La liberté de création peut être considérée comme un des objectifs fixé par l'intérêt général¹⁷⁷¹. Cet intérêt général serait constitué notamment par « *le droit à l'information, le droit à la culture, le droit à l'éducation, la liberté d'expression* »¹⁷⁷², ou encore la « *santé publique* »¹⁷⁷³, « *l'environnement* »¹⁷⁷⁴. En droit des brevets, il a été souligné que l'intérêt général constituait « *le fondement nécessaire à la légitimité du système* » du brevet¹⁷⁷⁵. Il est également à l'origine de la remise en cause des droits de propriété intellectuelle.

374. Les mesures destinées à encourager la création. Dans l'intérêt général, certaines dispositions spécifiques favorisent la création, permettant une liberté de création

¹⁷⁷⁰ Conseil d'Etat, Réflexions sur l'intérêt général - Rapport public 1999, décisions avis et publications, 1999, <http://www.conseil-etat.fr/node.php?articleid=430>, voir Ch. NOZARADAN, « Brevet et intérêt général », in B. REMICHE (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général*, p. 445 et suiv., spéc. p. 450 Voir également : « *Le libéralisme contemporain donne une nouvelle formulation à la vision utilitariste, développée au XVIIIème siècle, selon laquelle l'intérêt général peut résulter de la liberté qui est laissée à chacun de mobiliser ses initiatives et de donner libre cours à ses capacités créatrices. En conférant une place centrale à l'ouverture des marchés et au principe de libre concurrence, la construction européenne a fait sienne, pour l'essentiel, cette démarche libérale, selon laquelle le marché, loin d'être antagoniste de l'intérêt général, peut activement y contribuer, notamment en permettant d'obtenir le prix le plus compétitif pour une meilleure qualité de service* ».

¹⁷⁷¹ Voir B. BATTISTELLI, « Problèmes anciens et controverse nouvelle : la propriété intellectuelle est-elle au service de l'intérêt général ou protège-t-elle les intérêts particuliers ? », *RIPIA* n°231, 1er trim. 2008, p. 41 : l'intérêt général peut également être celui de permettre la création dans l'intérêt de la société toute entière : la propriété intellectuelle est alors controversée puisque certains se demandent si elle protège des intérêts particuliers de manière abusive, allant ainsi à l'encontre de l'intérêt général.

¹⁷⁷² Y. GAUBIAC, « Droit d'auteur et intérêt général », *propriétés intellectuelles*, juillet 2010, n° 36, p. 814 et s. (p. 815).

¹⁷⁷³ Conseil constitutionnel, Décision n° 90-283 DC du 08 janvier 1991, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, considérant 8 : le droit de propriété comprenant « *le droit pour le propriétaire d'une marque de fabrique, de commerce ou de service, d'utiliser celle-ci et de la protéger dans le cadre défini par la loi et les engagements internationaux de la France* » (considérant 7) : Pour justifier l'interdiction de faire de la publicité en faveur du tabac, le Conseil constitutionnel a affirmé que « *l'évolution qu'a connue le droit de propriété s'est également caractérisée par des limitations à son exercice exigées au nom de l'intérêt général* ».

¹⁷⁷⁴ En droit des brevets, cet intérêt général « *semblait correspondre* » à « *la croissance économique* », le « *développement technologique* », puis, la « *santé publique* », « *l'environnement* », « *la sécurité* » : Ch. NOZARADAN, *op. cit.* p. 453, note 28.

¹⁷⁷⁵ Ch. NOZARADAN, *op. cit.* p. 455

effective. Ainsi, en particulier dans le domaine artistique, mais aussi dans celui des inventions, la création peut être encouragée. Favoriser la création est, dans certains domaines, ce qui permet une réelle liberté. La création est donc encouragée dans différents secteurs. L'encouragement, qui passe essentiellement par un soutien financier, est souvent spécifique à certaines créations et visent à répondre aux besoins des créateurs, auteurs ou inventeurs.

375. L'incitation à la création cinématographique. Dans le domaine du cinéma, l'incitation à la création provient en particulier d'un établissement public, le CNC¹⁷⁷⁶. Son rôle est notamment de soutenir, par l'attribution d'aides financières, la « *création, la production, la distribution et la promotion des œuvres cinématographiques et audiovisuelles et des œuvres multimédias* »¹⁷⁷⁷. A cette fin, pour déclencher le soutien automatique, le film doit être titulaire d'un agrément de production délivré par le directeur général du CNC sur demande du producteur délégué. Il doit être demandé dans les quatre mois à compter de la délivrance du visa d'exploitation¹⁷⁷⁸. Ce « *mécanisme étatique de l'avance sur recettes* », qui consiste en une « *aide qui ne sera remboursable à l'état que si l'exploitation du film se révèle bénéficiaire* » attribuée par la commission « *après examen du projet en particulier lecture du scénario* »¹⁷⁷⁹ est une mesure indispensable à la création. Le but affiché est de « *favoriser le renouvellement de la création en encourageant la réalisation des premiers films et de soutenir un cinéma indépendant, audacieux au regard des normes du marché et qui ne peut sans aide publique trouver son équilibre financier* »¹⁷⁸⁰. La liberté de création « *requiert donc une action de la collectivité* »¹⁷⁸¹. L'attribution d'aides peut ainsi être à la fois perçue comme bénéfique pour la liberté de création, mais peut aussi présenter un risque pour la liberté dans la mesure où l'octroi de l'aide est conditionné par l'examen du projet.

376. Les conditions de ce soutien financier. Elles sont mentionnées par le décret du 24 février 1999. La nature du sujet, les caractéristiques, les qualités et les conditions de

¹⁷⁷⁶ Centre national du cinéma et de l'image animée.

¹⁷⁷⁷ S. DUPUY-BUSSON, « La clarification des objectifs de délivrance des visas d'exploitation des films. Une garantie pour la liberté d'expression cinématographique ? », *Légipresse*, n°279, janvier 2011, chron. p. 18, spéc. p. 19

¹⁷⁷⁸ P. KAMINA, « Cadre administratif. Régime juridique des activités cinématographiques », *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1075, 2011, n°105

¹⁷⁷⁹ D. COHEN, « La liberté de créer », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, Th. REVET, (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 2012, 18^e éd., p. 511 et s., n° 613 : à laquelle s'ajoutent « *la taxe prélevée sur les recettes des chaînes de télévision et la taxe sur les cassettes vidéo préenregistrées constituent des compléments devenus indispensables pour boucler le budget d'un film* ».

¹⁷⁸⁰ L'avance sur recettes avant réalisation : descriptif complet, site du CNC

¹⁷⁸¹ D. COHEN, « La liberté de créer », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, Th. REVET, (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 2012, 18^e éd., p. 511 et s., n° 613



réalisation des œuvres sont prises en compte¹⁷⁸². Le soutien financier est décidé par le président du CNC, après avis de la commission¹⁷⁸³.

377. L'encouragement à la création dans le domaine de l'art contemporain. Les aides auxquelles peuvent prétendre les artistes sont versées par des organismes publics ou privés. En effet, les moyens nécessaires à la création sont mis en œuvre à la fois par l'Etat et les collectivités territoriales, et par les aides privées. Les aides publiques « *interviennent le plus souvent en amont du travail de l'artiste, par des bourses d'aide à la recherche et à la création notamment* », les aides privées étant le plus souvent des « *prix récompensant le travail accompli* »¹⁷⁸⁴. Le CNAP¹⁷⁸⁵ en particulier, est l'un des opérateurs public les plus importants au niveau national « *de l'action du ministère de la Culture et de la Communication dans le champ des arts plastiques* »¹⁷⁸⁶. Il a été créé par décret¹⁷⁸⁷, afin de « *soutenir et de promouvoir la création artistique dans ses différentes formes d'expression plastique, y compris la photographie, les arts graphiques, le design et les métiers d'art* »¹⁷⁸⁸. Ce soutien se traduit par l'octroi d'allocations et d'aides¹⁷⁸⁹. Ces aides sont accordées par le directeur du CNAP si elles ont reçu un avis favorable de la commission nationale consultative¹⁷⁹⁰. L'organisation d'exposition, ainsi que la publication d'ouvrages sur l'art d'aujourd'hui font également partie des missions remplies par le CNAP en collaboration avec des musées, fondations¹⁷⁹¹, etc.. Les aides sont également destinées aux « *acteurs économiques et*

¹⁷⁸² Article 61 al. 3 Décret n°99-130 du 24 février 1999 relatif au soutien financier de l'industrie cinématographique modifié par le décret n°2007-824 du 11 mai 2007 - art. 21 JORF 12 mai 2007

¹⁷⁸³ L'avance sur recettes avant réalisation : descriptif complet, site du CNC

¹⁷⁸⁴ R. LAGRANGE, « Editorial », in *140 aides privées et publiques en faveur des artistes*, CNAP, 2012, p. 3

¹⁷⁸⁵ Centre national des arts plastiques

¹⁷⁸⁶ Centre national des arts plastiques,

http://www.cnap.fr/sites/default/files/article/26814_6_missionscnapfra.pdf, p. 1

¹⁷⁸⁷ Décret n°82-883 du 15 octobre 1982 portant création du Centre national des arts plastiques

¹⁷⁸⁸ Décret n°82-883 du 15 octobre 1982, article 2, al. 1. Centre national des arts plastiques,

http://www.cnap.fr/sites/default/files/article/26814_6_missionscnapfra.pdf, p. 3

¹⁷⁸⁹ Décret n°82-883 du 15 octobre 1982, article 19. « *La recherche et l'innovation artistiques* » sont donc encouragées par l'allocation de « *bourses de recherche à des artistes engagés dans des démarches expérimentales et accompagne les projets des professionnels de l'art contemporain (galeries, éditeurs, restaurateurs, critiques d'art, etc.)* » : Centre national des arts plastiques,

http://www.cnap.fr/sites/default/files/article/26814_6_missionscnapfra.pdf, p. 1

¹⁷⁹⁰ <http://www.cnap.fr/conditions-d%E2%80%99attribution-du-soutien-pour-le-d%C3%A9veloppement-dune-recherche-artistique>

¹⁷⁹¹ Centre national des arts plastiques,

http://www.cnap.fr/sites/default/files/article/26814_6_missionscnapfra.pdf, p.1 : Le CNAP précise qu'il s'associe « *ainsi à des partenaires publics (musées, fonds régionaux d'art contemporain, centres d'art, monuments nationaux) ou privés (fondations, entreprises, maisons d'éditions, etc.) pour organiser des expositions en France et à l'étranger ou pour publier des ouvrages sur l'art d'aujourd'hui* ».



culturels » lorsqu'ils « *présentent une première exposition personnelle d'un artiste* » notamment¹⁷⁹².

La création artistique n'est pas la seule intéressée par l'incitation financière. Les inventions peuvent également nécessiter de gros investissements. Elles sont encouragées, notamment par le biais de mesures fiscales, comme le crédit d'impôt recherche¹⁷⁹³. Certains domaines bénéficient d'incitations particulières.

378. Les nanotechnologies. La recherche, et plus particulièrement la création, dans le domaine des nanoparticules, est encouragée. En effet, les nanotechnologies sont à l'origine d'avancées importantes, notamment en matière médicale¹⁷⁹⁴. Il existe donc, entre autres, des financements publics. Plusieurs programmes de financement ont été mis en place¹⁷⁹⁵. Cependant, ces nanomatériaux peuvent présenter des risques pour l'environnement et la santé, ils soulèvent également des questions éthiques¹⁷⁹⁶. Dès lors ce qui est recherché, c'est un développement responsable de ces technologies. Ce développement est récent, puisqu'il date du début des années 2000. La création est alors sollicitée par la Commission européenne¹⁷⁹⁷. Ce sont les Etats qui ont investi dans la recherche et développement. En effet, en raison de l'importance de la création dans ce domaine, et « *afin de combler ce retard relatif dans le transfert des découvertes aux applications industrielles, la France a mis en place un ensemble de dispositifs de soutien à l'innovation : dans le domaine des micro et nanotechnologies, il*

¹⁷⁹² Centre national des arts plastiques,

http://www.cnap.fr/sites/default/files/article/26814_6_missionscnapfra.pdf, p. 5

¹⁷⁹³ J.-M. TIRARD, « Optimiser la fiscalité de la propriété industrielle », in *Colloque de l'IRPI du 26 novembre 2010, Approches stratégiques de la propriété industrielle*, éd. LexisNexis, 2011, p. 86

¹⁷⁹⁴ M. KERVENNIC, « Quelques problèmes juridiques posés par les nanosciences et les nanotechnologies », *les petites affiches*, 2 juillet 2008, n° 132, p. 5 et suiv., spéc. p. 6 ; X. LABBEE, « L'androïde, le cyborg et les lois bioéthiques », *les petites affiches*, 27 mai 2011, n° 105, p. 7 : « les nanotechnologies permettent l'implantation d'infimes électrodes au centre du cerveau. Et c'est ainsi qu'on stimule depuis une dizaine d'années le cerveau des personnes atteintes de la maladie de Parkinson » ; en effet, « l'effet de la neurostimulation au niveau du noyau sous-thalamique pourrait entraîner un ralentissement du processus dégénératif » : professeur F. BERGER, cité dans *Rapport sur l'application de la loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique remis à l'assemblée nationale*, 17 décembre 2008, t. 1, n°1325, p. 223, « Cinquième partie : neurosciences et imagerie cérébrale : quelles finalités et quels enjeux éthiques », II, disponible sur http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-off/i1325-II.asp#P2497_575983 consulté le 13 octobre 2012

¹⁷⁹⁵ Les programmes de financement dédiés aux nanotechnologies : Nano-Innov, le plan Nano 2012 pour la nanoélectronique.

¹⁷⁹⁶ Voir *infra* n° 390-391

¹⁷⁹⁷ Commission des communautés européennes, « Code de bonne conduite pour une recherche responsable en nanosciences et nanotechnologies », *Recommandation de la Commission du 7 février 2008 concernant un code de bonne conduite pour une recherche responsable en nanosciences et nanotechnologies*, 3.6, p. 8 : Le but est clairement la création : ainsi, « la gouvernance des activités de recherche en N&N encourage au maximum la créativité, la flexibilité et l'aptitude à anticiper en faveur de l'innovation et de la croissance ».



existe cinq pôles de compétitivité visant à favoriser les coopérations entre entreprises, laboratoires de recherche et établissements de formation »¹⁷⁹⁸.

La liberté de création peut donc être favorisée. Mais elle peut être mise en balance avec d'autres droits ou libertés fondamentaux¹⁷⁹⁹, tout comme elle est limitée afin de préserver l'ordre public et les bonnes mœurs.

Ainsi, l'intérêt général commande de faire prévaloir dans certains cas l'ordre public et les bonnes mœurs sur la liberté de création (Chapitre 1). Il est également protégé par le biais de dispositions spécifiques, comme le droit à la santé ou encore la liberté de religion par exemple (Chapitre 2).

¹⁷⁹⁸ A. TEILLANT, « Pour un développement responsable des nanotechnologies », *La note d'analyse*, www.strategie.gouv.fr, novembre 2011, n° 248, p. 4

¹⁷⁹⁹ Voir L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, 14^e éd., 2012 ; R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, Th. REVET, (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 2012, 18^e éd.



CHAPITRE 1 : LES LIMITES IMPOSEES PAR L'ORDRE PUBLIC ET LES BONNES MŒURS

379. L'ordre public et les bonnes mœurs sont des principes, écrits ou non¹⁸⁰⁰, mentionnés notamment aux articles 6 ou 16 du code civil. Le code de la propriété intellectuelle n'y fait pas référence dans les dispositions relatives aux droits des auteurs¹⁸⁰¹. La limitation à la liberté de création est alors issue de dispositions extérieures au droit d'auteur. L'ordre public et les bonnes mœurs sont parfois intégrés par le droit de la propriété intellectuelle et plus particulièrement en propriété industrielle (section 1). Ces droits prennent alors en compte des intérêts autres que ceux des créateurs. Ce n'est pas le cas du droit d'auteur, la liberté des auteurs est limitée que par des dispositions extérieures (section 2).

Section 1 : Les limites à la protection des créations par un droit de propriété industrielle tenant à l'ordre public et aux bonnes mœurs

380. L'ordre public et les bonnes mœurs sont mentionnés dans la plupart des droits de propriété industrielle, comme limite à la protection des créateurs¹⁸⁰². La limite n'est pas la même qu'il s'agisse des brevets, des marques ou des dessins et modèles.

En effet, l'ordre public a trouvé un nouvel intérêt en droit des brevets avec les biotechnologies (§ 1). Les inventions font d'ailleurs l'objet de restrictions extérieures au droit des brevets. Les autres droits de propriété industrielle connaissent des restrictions assez proches (§ 2).

§ 1 : Les inventions

381. L'activité inventive peut être limitée par le droit des brevets au nom de l'ordre public et des bonnes mœurs. Cette limite est cependant peu mise en œuvre (A). Il semble donc qu'elle doive être complétée par des dispositions spécifiques (B).

¹⁸⁰⁰ J.-M. BRUGUIERE, « 7. Propriété intellectuelle et ordre public », in M. VIVANT (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, p. 85 et suiv., spéc. p. 87

¹⁸⁰¹ Hors des droits mentionnés comme étant d'ordre public, comme le droit moral ou les restrictions apportées aux contrats intéressant le droit d'auteur : voir notamment M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Dalloz, 2012, n° 235

¹⁸⁰² La législation concernant les produits semi-conducteurs n'est pas concernée, et de même que les obtentions végétales dont seule la dénomination doit respecter l'ordre public et les bonnes mœurs : voir M. VIVANT, « Propriété intellectuelle et ordre public », in *Jean Foyer auteur et législateur, leges tulit, jura docuit, Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, Paris, 1997, p. 307 et suiv., n°4, p. 310

A) La limite de la brevetabilité par des dispositions intégrée au droit des brevets

382. Une limite destinée à décourager certaines créations. L'ordre public est une limite intrinsèque au droit des brevets¹⁸⁰³. La liberté de création est alors restreinte puisque l'exploitation de l'invention est impossible. Il est en effet admis que breveter certaines inventions et non d'autres oriente la recherche. Cela n'est pas neutre¹⁸⁰⁴. Le brevet stimule l'inventeur. Autoriser la brevetabilité ou l'exploitation de l'invention lorsqu'il s'agit d'une « *arme, un organisme génétiquement modifié ou un animal chimère* » favoriserait la recherche, et donc la création¹⁸⁰⁵.

383. Une limite peu mise en œuvre. L'origine de la conformité des inventions à l'ordre public et aux bonnes mœurs est ancienne, puisque cette exigence existait dans le décret des 14 et 25 mai 1791¹⁸⁰⁶. Aujourd'hui, elle est énoncée par l'article L. 611-17 CPI¹⁸⁰⁷. Les limites peuvent être éthiques¹⁸⁰⁸ et les biotechnologies y sont confrontées en permanence. Ce sont des notions qui évoluent, en s'adaptant au changement des mentalités, mais aussi aux progrès de la science¹⁸⁰⁹. Il semble que cette disposition concernant l'ordre public et les bonnes mœurs est peu limitative¹⁸¹⁰, et elle n'a fait que rarement l'objet de décisions jurisprudentielles¹⁸¹¹.

L'article L. 611-17 CPI exclut de la brevetabilité les inventions dont l'exploitation est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Si l'invention elle-même n'est pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, mais qu'elle est contraire à la légalité, elle est

¹⁸⁰³ J.M. BRUGUIERE, « 7. Propriété intellectuelle et ordre public », in M. VIVANT (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, p. 85 et suiv., spéc. p. 94 ; M. VIVANT, « Propriété intellectuelle et ordre public », in *Jean Foyer auteur et législateur, leges tulit, jura docuit, Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, Paris, 1997, p. 307 et suiv. n°5, n°14

¹⁸⁰⁴ J.M. BRUGUIERE, *op. cit.* p. 97-98

¹⁸⁰⁵ J.M. BRUGUIERE, *op. cit.* spéc. p. 98

¹⁸⁰⁶ J. AZEMA et J.-Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 7^e éd., 2012, n° 337 ; J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF, Paris, 1991, p. 183 : citant l'article 9 du décret : « *Tout cessionnaire de brevet obtenu pour un objet que les tribunaux auront jugé contraire aux lois du royaume, à la sûreté publique ou aux règlements de police, sera déchu de son droit* » ; la nullité des brevets contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs sera réaffirmée par la loi de 1844, l'article 30 dispose que « *seront nuls et de nul effet les brevets délivrés ... 4° Si la découverte, invention ou application, est reconnue contraire à l'ordre ou à la sûreté publique, aux bonnes mœurs ou aux lois du royaume* ».

¹⁸⁰⁷ Article L. 611-17 CPI : « *Ne sont pas brevetables les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à la dignité de la personne humaine, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, cette contrariété ne pouvant résulter du seul fait que cette exploitation est interdite par une disposition législative ou réglementaire* ».

¹⁸⁰⁸ Voir *supra* n° 169

¹⁸⁰⁹ V. OST, « Les brevets portant sur les inventions biotechnologiques », in B. REMICHE, (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général*, Larcier, 2007, p. 152, n°41

¹⁸¹⁰ J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF, Paris, 1991, p. 186

¹⁸¹¹ F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, 2010, n°194, p. 136



brevetable¹⁸¹². L'intérêt pour le créateur est cependant limité, puisqu'il ne pourra exploiter son invention¹⁸¹³.

A la recherche de définitions, il faut s'appuyer sur la jurisprudence européenne.

384. L'ordre public et les bonnes mœurs et l'OEB. La jurisprudence de l'OEB définit les termes d'ordre public et de bonnes mœurs. Les directives de l'Office européen des brevets énoncent que « *d'une façon générale, cette clause [concernant les éléments contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs] n'est susceptible d'être invoquée que dans des cas rares et extrêmes* »¹⁸¹⁴. L'ordre public et les bonnes mœurs ne semblent donc pas une limite. Cependant, le développement des biotechnologies a donné une nouvelle ouverture à ce texte¹⁸¹⁵. C'est plus particulièrement la recherche dans ce domaine qui est limitée. Il y a peu de décisions françaises¹⁸¹⁶. La jurisprudence de l'OEB fondée sur l'article 53 CBE¹⁸¹⁷ éclaire sur ce que peuvent être les restrictions dues à l'ordre public. Ainsi, la notion d'ordre public englobe « *la protection de l'intérêt public et l'intégrité physique des individus en tant que membres de la société* », ainsi que « *la protection de l'environnement* »¹⁸¹⁸. La notion de bonnes mœurs se réfère à « *l'ensemble des normes acceptées et profondément ancrées dans une culture donnée* »¹⁸¹⁹.

¹⁸¹² F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, 2010, n°194, p. 136 ; M. VIVANT, « Propriété intellectuelle et ordre public », in Jean Foyer auteur et législateur, *leges tulit, jura docuit, Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, Paris, 1997, p. 307 et suiv., n°17, p. 322

¹⁸¹³ Le brevet ne confère pas de droit d'exploiter l'invention. Voir notamment V. OST, « Les brevets portant sur les inventions biotechnologiques », in B. REMICHE, (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général*, Larcier, 2007, p. 151

¹⁸¹⁴ Directives, Partie C Directives relatives à l'examen, chapitre IV Brevetabilité, 4, disponible sur le site de l'OEB :

[http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/7ffc755ad943703dc12576f00054cacc/\\$FILE/guidelines_2010_part_C_fr.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/7ffc755ad943703dc12576f00054cacc/$FILE/guidelines_2010_part_C_fr.pdf)

¹⁸¹⁵ J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF, Paris, 1991, p. 186 ; M.-A. HERMITTE affirme que ces dispositions n'avaient « *plus servi depuis le XIXe siècle* » : M.-A. HERMITTE, « l'encadrement juridique de la recherche scientifique », in *La liberté de la recherche et ses limites, approches juridiques*, sous la dir. de M.-A. HERMITTE, éd. Romillat, 2001, p. 19 et suiv., p. 36

¹⁸¹⁶ J.-M. BRUGUIERE, « 7. Propriété intellectuelle et ordre public », in M. VIVANT (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, p. 85 et suiv., spéc. p. 95

¹⁸¹⁷ Article 53 : « exceptions à la brevetabilité :

Les brevets européens ne sont pas délivrés pour :

a) les inventions dont la publication ou la mise en œuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, la mise en œuvre d'une invention ne pouvant être considérée comme telle du seul fait qu'elle est interdite, dans tous les Etats contractants ou dans l'un ou plusieurs d'entre eux, par une disposition légale ou réglementaire ».

¹⁸¹⁸ OEB, chambre de recours technique, 21 février 1995, T 356/93 – 3.3.4, *JO OEB*, août 1995, p. 545 et suiv., spéc. p. 557, 5 ; J.M. BRUGUIERE, « 7. Propriété intellectuelle et ordre public », in M. VIVANT (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, p. 85 et suiv., spéc. p. 97

¹⁸¹⁹ OEB, chambre de recours technique, 21 février 1995, T 356/93 – 3.3.4, *JO OEB*, août 1995, p. 545 et suiv., spéc. p. 557, 6.



L'ordre public est les bonnes mœurs sont envisagées restrictivement. Certaines catégories de créations ne peuvent pas être exclues par principe de la brevetabilité. Cela a été énoncé à propos d'animaux notamment dans l'affaire de la souris oncogène « Harvard »¹⁸²⁰, ou encore, pour des plantes dans une décision du 21 février 1995¹⁸²¹. Il en résulte que la conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs doit être vérifiée au cas par cas¹⁸²².

385. L'environnement. L'environnement est également une considération relevant de l'ordre public et des bonnes mœurs. Cependant, ici encore, l'atteinte est interprétée limitativement. Ainsi, une chambre des recours a estimé qu'une invention ayant « *pour objectif de produire des plantes et des semences résistantes à une catégorie particulière d'herbicides... et qui sont ainsi sélectivement protégées contre les mauvaises herbes et [certaines] maladies* »¹⁸²³ n'est pas contraire aux bonnes mœurs dans la mesure où « *les revendications portent sur des activités ... et sur des produits ... qui ne sauraient en soi être considérés comme inacceptables au regard* » des bonnes mœurs¹⁸²⁴. Ce qui, pour les juges, aurait pu être contraire aux bonnes mœurs, c'est que l'invention porte « *sur une utilisation impropre ou ayant des effets destructeurs de la biotechnologie végétale* »¹⁸²⁵.

On peut donc se demander si la liberté de création est réellement limitée dans ce cas. La chambre admet en effet que les risques liés à la mise en œuvre de l'invention ne peuvent être anticipés¹⁸²⁶. Or, pour considérer qu'une invention est contraire à l'ordre public, « *la menace pesant sur l'environnement* » doit être « *suffisamment prouvée* »¹⁸²⁷. L'éventualité de telles

¹⁸²⁰ OEB, chambre de recours technique, 3 octobre 1990, T 19/1990 – 3.3.2, *JO OEB*, décembre 1990, p. 476 et suiv. : « *l'exception de la brevetabilité prévue à l'article 53 b) CBE vise certaines catégories d'animaux, mais non les animaux en tant que tels* ».

¹⁸²¹ OEB, chambre de recours technique, 21 février 1995, T 356/93 – 3.3.4, *JO OEB*, août 1995, p. 545 et suiv., spéc. p. 559, 10.

¹⁸²² OEB, chambre de recours technique, 21 février 1995, T 356/93 – 3.3.4, *JO OEB*, août 1995, p. 545 et suiv., spéc. p. 560, 13.

¹⁸²³ OEB, chambre de recours technique, 21 février 1995, T 356/93 – 3.3.4, *JO OEB*, août 1995, p. 545 et suiv., spéc. p. 563, 17.2

¹⁸²⁴ OEB, chambre de recours technique, 21 février 1995, T 356/93 – 3.3.4, *JO OEB*, août 1995, p. 545 et suiv., spéc. p. 564, 17.3

¹⁸²⁵ OEB, chambre de recours technique, 21 février 1995, T 356/93 – 3.3.4, *JO OEB*, août 1995, p. 545 et suiv., spéc. p. 563, 17.1

¹⁸²⁶ OEB, chambre de recours technique, 21 février 1995, T 356/93 – 3.3.4, *JO OEB*, août 1995, p. 545 et suiv., spéc. p. 565, 18.4

¹⁸²⁷ OEB, chambre de recours technique, 21 février 1995, T 356/93 – 3.3.4, *JO OEB*, août 1995, p. 545 et suiv., spéc. p. 566, 18.5



menaces n'est pas suffisante¹⁸²⁸. De plus, la gravité de l'atteinte est également prise en compte¹⁸²⁹.

386. La liberté privilégiée. Cette restriction d'ordre public et des bonnes mœurs est donc considérée de manière étroite¹⁸³⁰, le brevet constituant un instrument important pour la recherche et le développement technologique¹⁸³¹. La liberté de création prime. En effet, l'Office européen des brevets a estimé que la limite posée par l'ordre public et les bonnes mœurs pouvait être évaluée en se demandant « *si cette invention apparaîtrait au public comme si répugnante qu'il serait inconcevable de la breveter* »¹⁸³².

La liberté de la recherche est également privilégiée en raison de l'évaluation de l'atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs effectuée par les juges de l'OEB. Cette atteinte est en effet comparée aux bénéfices que pourrait apporter l'invention. Une balance des intérêts est effectuée dans ce but. Ainsi, ce qui a prévalu dans l'affaire de la souris « Harvard », ce sont les avantages pour la recherche médicale¹⁸³³.

Ce n'est que dans des cas extrêmes qu'un brevet peut ne pas être délivré¹⁸³⁴. Les juges ont en effet affirmé que les inventions ne sont brevetables que lorsque celles-ci sont « *universellement jugées scandaleuses* »¹⁸³⁵. Il est par exemple possible de breveter des gènes humains, car cela ne heurte pas les normes morales généralement acceptées¹⁸³⁶.

¹⁸²⁸ OEB, chambre de recours technique, 21 février 1995, T 356/93 – 3.3.4, *JO OEB*, août 1995, p. 545 et suiv., spéc. p. 566, 18.6

¹⁸²⁹ Th. MARTEU, *Les informations génétiques saisies par le brevet d'invention*, thèse, Nice, 2009, p. 80, n° 136

¹⁸³⁰ OEB, chambre de recours technique, 21 février 1995, T 356/93 – 3.3.4, *JO OEB*, août 1995, p. 545 et suiv., spéc. p. 558, 8

¹⁸³¹ OEB, chambre de recours technique, 21 février 1995, T 356/93 – 3.3.4, *JO OEB*, août 1995, p. 545 et suiv., spéc. p. 564, 18.2

¹⁸³² Directives, Partie C Directives relatives à l'examen, chapitre IV Brevetabilité, 3., disponible sur le site de l'OEB :

[http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/7ffc755ad943703dc12576f00054cacc/\\$FILE/guidelines_2010_part_C_fr.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/7ffc755ad943703dc12576f00054cacc/$FILE/guidelines_2010_part_C_fr.pdf), cité par M. VIVANT, « Propriété intellectuelle et ordre public », in *Jean Foyer auteur et législateur, leges tulit, jura docuit, Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, Paris, 1997, p. 307 et suiv., n°17, p. 322

¹⁸³³ OEB, division d'examen, 3 avril 1992, *JO OEB* octobre 1992, p. 589 : spéc. p. 591 : « *la question des bonnes mœurs se pose pour chaque invention. Les éventuels effets néfastes et risques doivent être appréciés et mis en balance avec l'intérêt et les avantages présentés par l'invention* ».

¹⁸³⁴ J.M. BRUGUIERE, « 7. Propriété intellectuelle et ordre public », in M. VIVANT (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, p. 85 et suiv., spéc. p. 95

¹⁸³⁵ Décision de la division d'opposition, 8 décembre 1994, relaxine, n° 6.2.1, *JO OEB*, juin 1995, p. 388 et suiv., spéc. p. 398-399 : ne sont donc pas brevetable au titre de l'article 53 a), une lettre piégée (6.2.1), un brevet sur une invention conduisant à un brevet sur la vie humaine, à l'exploitation de femmes enceintes, au retour à l'esclavage et à la vente par morceaux du corps féminin aux entreprises (6.3).

¹⁸³⁶ Décision de la division d'opposition, 8 décembre 1994, relaxine, n° 6.6, *JO OEB*, juin 1995, p. 388 et suiv., spéc. p. 403

387. L'embryon humain. Une autre limite à la liberté de création est celle de l'utilisation de l'embryon humain. L'embryon humain est considéré comme l'organisme « *de nature à déclencher le processus de développement d'un être humain* »¹⁸³⁷. Il est entendu largement puisque « *constituent un «embryon humain» au sens de l'article 6, paragraphe 2, sous c), de la directive [98/44/CE du parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques] tout ovule humain dès le stade de la fécondation, tout ovule humain non fécondé dans lequel le noyau d'une cellule humaine mature a été implanté et tout ovule humain non fécondé qui, par voie de parthénogenèse, a été induit à se diviser et à se développer* »¹⁸³⁸. La limite est constituée par l'une des interdictions posées par la règle 23d (28) du règlement d'exécution de la CBE¹⁸³⁹.

Une décision de la Grande Chambre de recours du 25 novembre 2008¹⁸⁴⁰ a précisé ce qui était faisable quant à l'utilisation d'embryon humain. La recherche à partir d'embryon humain avait pour but de créer de nouvelles applications et traitements médicaux¹⁸⁴¹. Cet embryon devait être utilisé comme « *matériau de départ pour fabriquer un produit à usage industriel* », ce qui est contraire à la CBE. L'interdiction existe non seulement pour les demandes de brevet dont les revendications portent sur l'utilisation d'embryons humains, mais également pour celles qui ne mentionnent pas cette utilisation, bien qu'elle soit nécessaire pour leur mise en œuvre. C'est-à-dire que l'inventeur ne peut utiliser d'embryon humain à des fins industrielles ou commerciales, même s'il ne dépose pas de brevet sur cette utilisation¹⁸⁴². Ce qui est

¹⁸³⁷ CJUE, 18 octobre 2011, n°C-34/10, note J.-P. CLAVIER, « Interprétation des notions d' « embryon humain » et de ses « utilisations à des fins industrielles ou commerciales » », *L'essentiel droit de la propriété intellectuelle*, 2011, n°11, p. 4, n°182

¹⁸³⁸ CJUE, 18 octobre 2011, n°C-34/10, n°38

¹⁸³⁹ Règle 28 du règlement d'exécution de la Convention sur la délivrance de brevets européens : Exceptions à la brevetabilité : « *Conformément à l'article 53 a), les brevets européens ne sont pas délivrés notamment pour les inventions biotechnologiques qui ont pour objet :*

*a) des procédés de clonage des êtres humains ;
b) des procédés de modification de l'identité génétique germinale de l'être humain ;
c) des utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales ;
d) des procédés de modification de l'identité génétique des animaux de nature à provoquer chez eux des souffrances sans utilité médicale substantielle pour l'homme ou l'animal, ainsi que les animaux issus de tels procédés* ».

¹⁸⁴⁰ Décision de la Grande Chambre de recours, en date du 25 novembre 2008, G 2/06, Utilisation d'embryons/WARF

¹⁸⁴¹ A vérifier, mais c'est ce qu'affirme la grande chambre dans VI. Introduction in Décision de la Grande Chambre de recours, en date du 25 novembre 2008, G 2/06, Utilisation d'embryons/WARF

¹⁸⁴² Le monopole conféré par le brevet ne s'étend pas à quelque chose qui n'apparaît pas dans les revendications : article 84 CBE et L. 612-6 CPI : J. -C. GALLOUX, « Non à l'embryon industriel : le droit européen des brevets au secours de la bioéthique », *Dalloz*, 2009, p.578



sanctionné, « *c'est, au-delà du monopole intellectuel, l'utilisation nécessaire de l'embryon à la réalisation d'une invention brevetable* »¹⁸⁴³.

L'embryon ne peut être détruit. Il est considéré comme un être humain, indépendamment de la reconnaissance (non reconnaissance) d'une personne juridique¹⁸⁴⁴. C'est l'ordre public qui est visé ici. Cependant, la recherche sur l'embryon, la création à partir d'embryon humain est interdite pour des raisons éthiques, cela serait contraire à la dignité humaine.

La limite à la liberté de création imposée par l'ordre public, ou la dignité humaine n'est pas la même dans tous les pays d'Europe. Ainsi, au Royaume-Uni il est possible de créer des embryons hybrides homme animal¹⁸⁴⁵. Le sénat n'envisage pas de permettre la création de tels embryons, puisque dans le projet de loi réformant les lois de bioéthiques, il propose d'ajouter un alinéa à l'article L. 2151-2 du code de la santé publique, interdisant « *la création d'embryons transgéniques ou chimériques* »¹⁸⁴⁶. Les droits de propriété intellectuelle sont complétés par des dispositions intégrées à d'autres codes, en raison de la spécificité du domaine de création.

388. Tentative d'extension de la liberté de création à partir d'embryons humains.

A l'occasion de la réforme des lois de bioéthique, le sénat a tenté d'introduire une plus grande liberté, en proposant l'autorisation encadrée de la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires¹⁸⁴⁷. La proposition du sénat était d'autoriser par principe la recherche dans ce domaine, avec d'importantes réserves. En effet, cette recherche n'aurait été possible que « *s'il est impossible de mener une recherche similaire sans recourir à des cellules*

¹⁸⁴³ J. -C. GALLOUX, « Non à l'embryon industriel : le droit européen des brevets au secours de la bioéthique », *Dalloz*, 2009, p.578

¹⁸⁴⁴ J. -C. GALLOUX, « Non à l'embryon industriel : le droit européen des brevets au secours de la bioéthique », *Dalloz*, 2009, p.578 ; directive 98/44/CE du parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, considérant 16 : « *considérant que le droit des brevets doit s'exercer dans le respect des principes fondamentaux garantissant la dignité et l'intégrité de l'Homme; qu'il importe de réaffirmer le principe selon lequel le corps humain, dans toutes les phases de sa constitution et de son développement, cellules germinales comprises, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments ou d'un de ses produits, y compris la séquence ou séquence partielle d'un gène humain, ne sont pas brevetables; que ces principes sont conformes aux critères de brevetabilité prévus par le droit des brevets, critères selon lesquels une simple découverte ne peut faire l'objet d'un brevet* ».

¹⁸⁴⁵ J. -C. GALLOUX, « Non à l'embryon industriel : le droit européen des brevets au secours de la bioéthique », *Dalloz*, 2009, p.578 : cette possibilité est restreinte, ces embryons, créés à des fins expérimentales devant être détruits 14 jours après leur création et ne pouvant être réimplantés dans un utérus.

¹⁸⁴⁶ Titre VII, Recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires, article 23 A (nouveau) du projet de loi modifié par le sénat, relatif à la bioéthique, 8 avril 2011, n° 3324

¹⁸⁴⁷ « Le débat sur la bioéthique relancé », *RJPF* 2011, n°5, mai 2011, 5/6, p. 7



souches embryonnaires ou à des embryons »¹⁸⁴⁸. Cette utilisation aurait été soumise à conditions, énumérées à l'article L. 2151-5 du code de la santé publique¹⁸⁴⁹.

L'assemblée nationale n'a pas abondé dans ce sens et a posé à nouveau comme principe l'interdiction de la recherche sur l'embryon humain¹⁸⁵⁰.

Les inquiétudes vis-à-vis du développement biotechnologique conduisent à se demander si la non brevetabilité des inventions, dont l'exploitation serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, qui est une restriction peu limitative, est suffisante et adaptée (B).

B) A la recherche d'une protection adaptée pour les bio et nanotechnologies

389. En raison de la complexification du droit, de l'émergence de nouveaux domaines dans lesquels la création se développe, d'autres limites s'ajoutent au refus de brevetabilité des inventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. La mise en place d'un cadre satisfaisant à la liberté de création dans le domaine de la biotechnologie et de la nanotechnologie est semble-il difficile.

390. La liberté encadrée au stade de la recherche. Ce ne sont pas uniquement les inventions, mais aussi la recherche qui permet d'aboutir à celles-ci qui peut être contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. La liberté de choix de ce qui va être créé compte également. La liberté de la recherche est à l'origine de créations qui font la richesse de nos sociétés¹⁸⁵¹. Elle est désormais plus encadrée qu'elle ne l'était après la seconde guerre

¹⁸⁴⁸ Travaux parlementaires : Projet de loi relatif à la bioéthique : Objet du texte, <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl10-304.html>, consulté le 17 décembre 2012

¹⁸⁴⁹ Titre VII, Recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires, article 23 du projet de loi modifié par le sénat, relatif à la bioéthique, 8 avril 2011, n° 3324. Ces conditions sont que la pertinence scientifique de la recherche doit être établie, que la recherche est susceptible de permettre des progrès médicaux majeurs, qu'il est impossible, en l'état des connaissances scientifiques, de mener une recherche similaire sans recourir à des cellules souches embryonnaires ou à des embryons, que le projet et les conditions de mise en œuvre du protocole respectent les principes éthiques relatifs à la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires.

¹⁸⁵⁰ Texte adopté n°671, « Petite loi », 31 mai 2011, projet de loi relatif à la bioéthique, l'article 23 modifie l'article L. 2151-5 du code de la santé publique. L'ancien article L. 2151-5, issu de la Loi n°2004-800 du 6 août 2004 - art. 25 JORF 7 août 2004, posait comme principe « *la recherche sur l'embryon humain est interdite* », avant d'envisager les dérogations et exceptions. Le sénat avait voulu poser comme principe la possibilité de faire de la recherche à partir de l'embryon : « *Aucune recherche sur l'embryon humain ni sur les cellules souches embryonnaires ne peut être entreprise sans autorisation* » avant de poser les conditions de cette recherche. L'assemblée nationale pose à nouveau comme principe « *la recherche sur l'embryon humain, les cellules souches embryonnaires et les lignées de cellules souches est interdite* », avant d'envisager les dérogations. La nouvelle loi pérennise les dispositions relatives à la dérogation permettant la recherche sur l'embryon. Ces modifications ont été déclarées conformes par le sénat en deuxième lecture : le projet de loi relatif à la bioéthique a été adopté le 9 juin 2011.

¹⁸⁵¹ M. VIVANT, « L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire », *JCP G* 2000, I, n° 193, n° 1 : « *C'est aussi cette création qui fait sa richesse. Nos sociétés sont des sociétés de l'innovation : la représentation qu'offrent de notre monde les sciences fondamentales n'est plus déjà ce qu'elle était il y a vingt ans et, entre aliments transgéniques, cartes à puce et DVD, notre vie quotidienne elle-même en est bouleversée. Recherche-*



mondiale et les premiers textes affirmant la liberté de la recherche¹⁸⁵². Il existait des mécanismes de régulation portant sur les produits finis, qui avait des conséquences sur la recherche, mais pas de restrictions en amont¹⁸⁵³, au stade du choix sur lequel repose la recherche¹⁸⁵⁴. De plus, la liberté de la recherche même est redoutée, dans la mesure où la séparation entre « *la sphère des connaissances et celle des utilisations* » n'est tranchée en pratique¹⁸⁵⁵.

Cet encadrement accru est dû aux progrès scientifiques. Ceux-ci ont été bénéfiques en particulier pour la santé : « *Mais, la connaissance des mécanismes génétiques du vivant (biotechnologies) peut agir directement sur l'espèce humaine, qui ne dépend dès lors plus seulement des mutations naturelles. D'où la question des limites à donner à ce progrès scientifique, qui peut être porteur de risques tels qu'une nouvelle forme d'eugénisme* »¹⁸⁵⁶.

La liberté de la recherche et de la création est donc susceptible de présenter un risque pour la santé ou l'environnement¹⁸⁵⁷, l'éthique¹⁸⁵⁸. La recherche ne peut pas être dissociée de la création, dans la mesure où on ne peut séparer la sphère des connaissances et celle des applications¹⁸⁵⁹. La création peut être néfaste : ainsi, certaines expérimentations de thérapie génique peuvent être dangereuses pour la santé¹⁸⁶⁰. Les nanotechnologies¹⁸⁶¹ également font

développement, techno-science, ... : les vocables varient (les connotations qui y sont attachées aussi) mais le moteur demeure ».

¹⁸⁵² M.-A. HERMITTE, « L'encadrement juridique de la recherche scientifique », in M.-A. HERMITTE (dir.), *La liberté de la recherche et ses limites, approches juridiques*, éd. Romillet, 2001, p. 19 et suiv., spéc. p. 21 : l'article 27 de la déclaration de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 ; du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966...

¹⁸⁵³ M.-A. HERMITTE, *op. cit.* p. 19 et suiv.

¹⁸⁵⁴ La recherche peut ainsi être orientée, par l'octroi de crédits à tel ou tel programmes de recherche, par « *le pouvoir politique* », « *même dans le cadre d'une démocratie* » : C. BLAIZOT-HAZARD, *Droit de la recherche scientifique*, PUF, 2003, p. 50

¹⁸⁵⁵ M.-A. HERMITTE, « L'encadrement juridique de la recherche scientifique », in M.-A. HERMITTE (dir.), *La liberté de la recherche et ses limites, approches juridiques*, éd. Romillet, 2001, p. 19 et suiv., spéc. p. 22-23 : le respect de la distinction entre la recherche fondamentale et la recherche appliquée semble difficile.

¹⁸⁵⁶ Professeur J.-D. VINCENT, cité dans *Rapport sur l'application de la loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique remis à l'assemblée nationale*, 17 décembre 2008, t. 1, n°1325, p. 226, « Cinquième partie : neurosciences et imagerie cérébrale : quelles finalités et quels enjeux éthiques », II, disponible sur http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-off/i1325-t1.asp#P2497_575983 consulté le 13 octobre 2012 et sur <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/citoyen/enjeux/citoyennete-societe/bioethique-recherche-scientifique-quels-enjeux.html>, consulté le 9 octobre 2012

¹⁸⁵⁷ Par exemple : D. GAZAGNE, « Etat de l'art des nanotechnologies et cadre juridique européen et français (2^e partie) », *gazette du palais*, juillet août 2009, doctr. p. 2360

¹⁸⁵⁸ Par exemple : Ch. FICHET, « Nanotechnologies dans le domaine médical : un remède face à la crise en mal de réglementation », *petites affiches*, 9 septembre 2009, n°180, p. 3 et suiv.

¹⁸⁵⁹ M.-A. HERMITTE, *op. cit.* p. 25

¹⁸⁶⁰ M.-A. HERMITTE, « Avant-propos », in M.-A. HERMITTE (sous la dir.), *La liberté de la recherche et ses limites, approches juridiques*, éd. Romillet, 2001, p. 11 et suiv. ; E. MEUNIER, « Etats-Unis - Risques de la thérapie génique », *Inf'OGM*, n° 75, mai 2006 <http://www.info-gm.org/spip.php?article2674> consulté le 10 octobre 2012. Pour les OGM, le débat sur leur dangerosité a été relancé avec une étude parue le 19 septembre 2012. Le 4 octobre 2012, cette étude a été considérée comme non valide pour évaluer les risques pour les consommateurs, par l'Autorité européenne de sécurité des aliments : « *A l'issue d'un premier examen de*



l'objet de craintes¹⁸⁶² : la convergence entre les nanotechnologies et biotechnologies permettrait d'approcher la « fabrication de la vie »¹⁸⁶³. Cela résulte du fait que « *longtemps, l'homme a été le modèle de la machine. Aujourd'hui la machine est le modèle de l'homme. L'enjeu n'est donc plus d'imiter la nature mais de créer une nouvelle nature* »¹⁸⁶⁴.

La liberté de création est plus particulièrement encadrée lorsque les créations sont susceptibles de modifier l'être humain. La commission européenne recommande donc que « *les organismes de recherche en N&N ne mènent pas de travaux visant à apporter un bénéfice non thérapeutique aux êtres humains en créant une dépendance, ni de travaux visant uniquement l'amélioration frauduleuse des performances du corps humain* »¹⁸⁶⁵.

391. Le principe de précaution, réelle limite à la liberté de création ? Afin de limiter les effets négatifs que pourraient avoir le développement des nanotechnologies, la commission européenne a publié un code de conduite en 2008, pour la recherche en nanosciences et nanotechnologies. Ce code précise que « *les activités de recherche en N&N sont menées en respectant le principe de précaution, en anticipant les incidences éventuelles de leurs débouchés sur l'environnement, sur la santé et sur la sécurité et en prenant toute précaution utile en fonction du niveau de protection, tout en stimulant le progrès au bénéfice de la société et de l'environnement* »¹⁸⁶⁶.

l'article sur les effets à long terme du maïs transgénique NK603, l'EFSA déclare qu'il est "d'une qualité scientifique insuffisante pour être considéré valide pour l'évaluation des risques" », europaforum.lu, <http://www.europaforum.public.lu/fr/actualites/2012/10/efsa-ogm-nk603/index.html>

¹⁸⁶¹ La nanotechnologie regroupe les nanomatériaux, la nanoélectronique, la nanobiotechnologie, ou encore la convergence de ces trois domaines : D. GAZANE, « Etat de l'art des nanotechnologies et cadre juridique européen et français (1^{re} partie), *gazette du palais*, 22-23 avril 2009, doct. p. 1216 et suiv., spéc. p. 1217 ; L'échelle nanométrique ne fait pas l'objet d'un consensus mais l'on considère que la taille des nanoparticules peut être comprise entre 1 et 100 nm (100 nanomètres = 0,1 micron) suivant les scientifiques : D. GAZAGNE, « Le cadre juridique européen et français des nanomatériaux : un défi réglementaire », *gazette du palais*, janvier-février 2010, doct. P. 151 et suiv. ; M. KERVENNIC, « Quelques problèmes juridiques posés par les nanosciences et les nanotechnologies », *les petites affiches*, 2 juillet 2008, n° 132, p. 5 et suiv. ; recommandation de la commission du 18 octobre 2011 relative à la définition des nanomatériaux, 18 octobre 2011, 8. Un nanomatériau a été défini par la commission comme étant « un matériau naturel, formé accidentellement ou manufacturé contenant des particules libres, sous forme d'agrégat ou sous forme d'agglomérat, dont au moins 50 % des particules, dans la répartition numérique par taille, présentent une ou plusieurs dimensions externes se situant entre 1 nm et 100 nm ».

¹⁸⁶² Voir C. LEPAGE, « L'urgence d'un droit des nanotechnologies », *Gazette du palais*, juillet août 2009, p. 2240 et suiv., spéc. p. 2241 : multiplication des débats publics... ; voir les débats sur www.debatpublic-nano.org

¹⁸⁶³ J.-P. DUPUY, *La nanoéthique existe-t-elle ?* Les cahiers du CCNE, n° 52, 2007, p. 41 et suiv. cité par C. LEPAGE, « L'urgence d'un droit des nanotechnologies », *Gazette du palais*, juillet août 2009, p. 2240

¹⁸⁶⁴ X. LABBEE, « L'androïde, le cyborg et les lois bioéthiques », *les petites affiches*, 27 mai 2011, n° 105, p. 7 et suiv., spéc. p. 8 : La loi bioéthique de demain. Rapport déposé à l'Assemblée nationale, T. 1, n°1325, p. 223, « Cinquième partie : neurosciences et imagerie cérébrale : quelles finalités et quels enjeux éthiques », spéc. p. 228

¹⁸⁶⁵ Commission des communautés européennes, « Code de bonne conduite pour une recherche responsable en nanosciences et nanotechnologies », *Recommandation de la Commission du 7 février 2008 concernant un code de bonne conduite pour une recherche responsable en nanosciences et nanotechnologies*, 4.1.16 p. 10

¹⁸⁶⁶ Commission des communautés européennes, *op. cit.* 3.3, p. 7



En vertu de ce principe, la commission européenne limite donc la recherche et la création « *tant qu'aucune étude d'évaluation des risques sur la sécurité à long terme n'est disponible, il convient de s'abstenir de mener des recherches impliquant l'intrusion volontaire de nano-objets dans le corps humain ou leur incorporation dans la nourriture(...) et autres produits susceptibles d'exposer les personnes et l'environnement à des risques* »¹⁸⁶⁷. Le principe de précaution est aujourd'hui ce qui permet d'encadrer la recherche et la création dans ce domaine¹⁸⁶⁸. Pour la commission européenne, le recours au règlement REACH¹⁸⁶⁹ et donc au principe de précaution est la meilleure solution actuelle¹⁸⁷⁰. Ce règlement oblige les producteurs et importateurs à « *transmettre des informations sur les produits, leurs usages et leurs effets* ». Il concerne la « *mise sur le marché communautaire des substances chimiques* »¹⁸⁷¹. Il semble cependant qu'il « *pourrait ne pas permettre d'obtenir desdits producteurs et importateurs qu'ils fournissent des informations nouvelles et pertinentes sur les nanoparticules et les nanomatériaux* »¹⁸⁷². En effet, les connaissances en la matière sont insuffisantes.

Les risques sont donc incertains dans « *dans les domaines sanitaire et environnemental* »¹⁸⁷³. Pour cela, en droit, le recours au principe de précaution a été préconisé par des comités éthiques, des juristes... et la commission européenne¹⁸⁷⁴. Mais le recours au principe de précaution n'est pas une solution adéquate¹⁸⁷⁵. Il semble en effet que le seul recours au principe de précaution ne suffirait pas¹⁸⁷⁶, car les connaissances dans ce domaine sont limitées rendant difficile une évaluation des risques¹⁸⁷⁷. Dès lors, l'adaptation d'un cadre juridique préexistant aux nanotechnologies est critiquée¹⁸⁷⁸. S. LACOUR prône le recours à des « *formes renouvelées de régulation* »¹⁸⁷⁹. Cela exclut l'idée d'une adaptation de la protection

¹⁸⁶⁷ Commission des communautés européennes, *op. cit.* 4.1.17 p. 10

¹⁸⁶⁸ S. LACOUR, *op. cit.*, p. 435

¹⁸⁶⁹ Règlement (CE) n° 1907/2006 (JO L 396 du 30.12.2006)

¹⁸⁷⁰ Communication de la Commission au parlement européen, au Conseil et au comité économique et social européen. Aspects réglementaires des nanomatériaux, 17 juin 2008, p. 4

¹⁸⁷¹ S. DESMOULIN-CANSELIER, S. LACOUR, « Le droit à l'épreuve des nanotechnologies (ou les nanotechnologies à l'épreuve du droit) », in M. LAHMANI, F. MARANO, Ph. HOUDY (dir.), *Les nanosciences. Nanotechnotoxicologie et nanoéthique*, éd. Belin, 2010, chapitre 21, p. 547 et suiv., spéc. p. 551

¹⁸⁷² *Ibid.*

¹⁸⁷³ S. DESMOULIN-CANSELIER, S. LACOUR, « Le droit à l'épreuve des nanotechnologies (ou les nanotechnologies à l'épreuve du droit) », in M. LAHMANI, F. MARANO, Ph. HOUDY (dir.), *Les nanosciences. Nanotechnotoxicologie et nanoéthique*, éd. Belin, 2010, chapitre 21, p. 547 et suiv., spéc. p. 550

¹⁸⁷⁴ *Ibid.*

¹⁸⁷⁵ S. DESMOULIN-CANSELIER, S. LACOUR, *op. cit.*, p. 551

¹⁸⁷⁶ S. LACOUR, *op. cit.* p. 439

¹⁸⁷⁷ S. DESMOULIN-CANSELIER, S. LACOUR, *op. cit.*, p. 550

¹⁸⁷⁸ S. LACOUR, « Nanotechnologies : réguler l'incertitude ? », *Droit et société*, n°78, 2011, p. 429 et suiv., spéc. p. 431

¹⁸⁷⁹ *Ibid.*



par le principe de précaution, tout comme une protection par le droit des brevets, qui ne semble pas permettre de protéger l'ordre public et des bonnes mœurs.

L'ordre public et les bonnes mœurs sont également présents dans les autres droits de la propriété industrielle.

§ 2 : Les limites posées par l'ordre public et les bonnes mœurs pour les autres droits de la propriété industrielle

392. L'ordre public et les bonnes mœurs sont également mentionnés par les textes relatifs aux autres droits de propriété industrielle, protégeant les dessins et modèles (A), les obtentions végétales (B) et les marques (C).

A) Les dessins et modèles

393. Nullité des dessins et modèles contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Jusqu'en 2001, n'étaient publiés que les dessins et modèles conformes à l'ordre public et aux bonnes mœurs¹⁸⁸⁰. Désormais ces dessins ou modèles ne sont pas protégés, la contrariété à l'ordre public ou aux bonnes mœurs étant une cause de nullité absolue¹⁸⁸¹. Il ne semble pas que cela modifie l'étendue de la loi antérieure, dans la mesure où cette restriction s'applique aux dessins et modèles eux-mêmes. Il s'agit d'une restriction à la liberté de création qui n'existe pas en droit d'auteur, et qui s'explique par le caractère commercial et industriel de ce type de création¹⁸⁸².

La référence à l'ordre public et aux bonnes mœurs existe également dans les dispositions relatives aux obtentions végétales (B).

¹⁸⁸⁰ Article L. 512-2 CPI.

¹⁸⁸¹ Article L. 511-7 CPI (*Ord. n° 2001-670 du 25 juill. 2001*) « *Les dessins ou modèles contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ne sont pas protégés* » ; F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, 2010, p.574, n° 1060

¹⁸⁸² Cette limite se retrouve d'ailleurs en droit des brevets et en droit des marques.



B) Les obtentions végétales

394. La restriction due à l'ordre public et aux bonnes mœurs touche le nom ou la dénomination de la création.

Ainsi, le choix de la dénomination d'une obtention végétale¹⁸⁸³ doit respecter l'ordre public et les bonnes mœurs. Si cela n'est pas le cas, le déposant risque de voir sa demande de certificat déclarée irrecevable et a alors deux mois pour proposer une nouvelle dénomination¹⁸⁸⁴.

On peut également signaler que les noms de domaines, qui ne sont pas des créations protégées par la propriété intellectuelle sont limités de la même manière par l'ordre public que les obtentions végétales. Pour les noms de domaine, il faut préciser qu'ils n'ont pas été tout de suite été considérés comme des créations mais comme un « *moyen technique d'une activité commerciale* »¹⁸⁸⁵. Ils ont pourtant une fonction de « *captation de clientèle* »¹⁸⁸⁶ ce qui a pu les faire considérer comme des signes distinctifs¹⁸⁸⁷.

L'ordre public constitue également une limite à la liberté de création en droit des marques (C). Il n'est pas toujours visé expressément¹⁸⁸⁸.

C) Les marques

395. Limites de la liberté de création tenant à l'ordre public, aux bonnes mœurs et limites dont l'usage est interdit par la loi. La limite de l'ordre public et des bonnes mœurs est contenue dans le droit des marques¹⁸⁸⁹. Sont interdites des marques qui « *portent atteinte à*

¹⁸⁸³ Article R. 623-6 alinéa 1 CPI *in fine* : la dénomination « *ne doit pas être contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* ».

¹⁸⁸⁴ F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, 2011, n°900 : article R. 623-6 CPI

¹⁸⁸⁵ F. MACREZ, *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ?*, Litec, 2011, n°214, p. 183. Voir CA Paris, 14^e ch., B, 20 septembre 1991, note M.-L. IZORCHE, « Une société ne saurait être accusée d'usurpation ou d'imitation d'un nom commercial lorsque celui-ci est banal dans un secteur économique considéré », *Dalloz*, 1993, som. p. 153, 2^e espèce : pour la cour, ce code n'est en effet « *ni un signe distinctif, ni une marque protégée par son dépôt et la règle de l'antériorité, ni une dénomination sociale, il est un moyen technique d'exploitation d'une activité commerciale* ». La cour ajoute que « *en tant que tel, celui qui l'adopte doit être protégé contre une concurrence déloyale résultant du fait de l'utilisation d'un second code semblable au sien qui est un moyen pour son utilisateur de s'insérer dans une activité commerciale existante et similaire, d'en profiter à ses dépens* ».

¹⁸⁸⁶ F. MACREZ, *op. cit.* n° 214, p. 183

¹⁸⁸⁷ Voir les exemples cités par F. MACREZ, *op. cit.* p. 183, note 5. Pour L. MARINO (*Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013, n° 14, p. 31), les noms de domaine sont des biens immatériels.

¹⁸⁸⁸ M. VIVANT, « Propriété intellectuelle et ordre public », in *Jean Foyer auteur et législateur, leges tulit, jura docuit, Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, Paris, 1997, p. 307 et suiv., n°17, p. 318

¹⁸⁸⁹ Article L. 711-3 CPI : « *Ne peut être adopté comme marque ou élément de marque un signe : ...*

b) Contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, ou dont l'utilisation est légalement interdite... ».

La conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs est également requise pour les marques communautaires, l'article 7 1. f) qui dispose : « *Article 7 Motifs absolus de refus*

1. Sont refusés à l'enregistrement : ...

f) les marques qui sont contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ».



des principes essentiels au bon fonctionnement de la société »¹⁸⁹⁰. Une interdiction légale de l'utilisation de certains signes complète cette disposition. L'ordre public et les bonnes mœurs peuvent alors se confondre avec l'interdit légal¹⁸⁹¹.

La conformité des marques à l'ordre public et aux bonnes mœurs a conduit à considérer comme contraire à l'ordre public des marques incitant à la consommation de stupéfiants. La marque « Cannabia »¹⁸⁹², ou encore la marque « Extasy, if you taste it you'll be addict » ont été rejetées¹⁸⁹³. Ces condamnations sont dues à l'association entre une marque évoquant une drogue et des produits tels que, dans le premier cas, des produits alimentaires, dans le second cas, à des boissons alcooliques. La santé publique prime sur la liberté du créateur de la marque. Au contraire, la marque « Opium » pour un parfum est valable¹⁸⁹⁴. Elle aurait cependant pu être considérée comme contraire à l'ordre public¹⁸⁹⁵.

A également été estimée contraire à l'ordre public et annulée, la marque « beurre liquide » déposée pour des produits laitiers¹⁸⁹⁶.

L'appréciation de la conformité de la marque à l'ordre public et aux bonnes mœurs ne s'étend pas au produit¹⁸⁹⁷. Même si celui-ci est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, la marque ne peut être annulée pour ce seul motif¹⁸⁹⁸.

¹⁸⁹⁰ I. ROUJOU DE BOUBÉE, « Marques. Signes illicites ne pouvant constituer des marques valables », *juris-cl. Marques – Dessins et modèles*, fasc. 7115, 2009, n°12

¹⁸⁹¹ M. VIVANT, « Propriété intellectuelle et ordre public », in Jean Foyer auteur et législateur, *leges tulit, jura docuit, Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, Paris, 1997, p. 307 et suiv., n°11, p. 316 : cela n'est pas forcément le cas pour l'auteur. Il donne l'exemple de la politique de défense de la langue. F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, 2010, p.784-785, n°1384

¹⁸⁹² Voir S. DURRANDE, « Le refus d'enregistrer la marque « Cannabia » pour atteinte à l'ordre public », *Dalloz*, 2000, p.1131 : les juges ont considéré que le produit (la bière) était un produit alimentaire, de grande consommation. Le public auquel il s'adresse a également été pris en compte.

¹⁸⁹³ CA Paris, 4^e ch., 18 octobre 2000, *JurisData* n°2000-129005 ; CA Paris, 26 septembre 2008, M. SABATIER, « Chronique droit des marques et autres signes distinctifs », *propriétés intellectuelles* n° 30, 2009, p. 84 et suiv., p. 97. Pour plus d'exemples, voir I. ROUJOU DE BOUBÉE, *op.cit.* n°13

¹⁸⁹⁴ CA Paris 7 mai 1979, *ann. Prop. Ind.*, 1979, p. 306. L'opium est en effet lié « à l'imagerie orientaliste en vogue au XIX^e siècle » : S. DURRANDE, *op. cit.* p. 1131 : l'auteur compare les raisons qui ont poussé les juges à refuser l'enregistrement de la marque « Cannabia » et celles qui les ont conduit à accepter l'enregistrement d'« Opium ».

¹⁸⁹⁵ M. VIVANT, *op. cit.* n°11, p. 317

¹⁸⁹⁶ TGI Paris, 22 avril 2005, cité par I. ROUJOU DE BOUBÉE, *op. cit.* n°13 : « L'ordre public doit s'entendre (...) des prescriptions impératives de la législation économique ». La marque en question était contraire au règlement CE n°2991/94 du 5 décembre 1994 établissant des normes pour les masses grasses tartinables.

¹⁸⁹⁷ Article 7 de la Convention d'Union de Paris, du 20 mars 1983, qui dispose que « la nature du produit sur lequel la marque de fabrique ou de commerce doit être apposée ne peut, dans aucun cas, faire obstacle à l'enregistrement de la marque » ; S. JOLY, « Droit de la santé publique et droit des marques : rencontre d'un troisième type », *comm. comm. électr.*, n°11, novembre 2009, étude 23, n° 6



Enfin, la liberté de création est préservée dans la mesure où le mauvais goût n'entre pas en ligne de compte pour l'appréciation de la validité de la marque. D'ailleurs, ces marques s'adressent au public pour désigner certains produits¹⁸⁹⁹.

396. La limite à la liberté de création justifiée par la protection du consommateur.

J.-M. BRUGUIERE souligne que l'ordre public est compris largement par les juges qui l'invoquent également lorsque la marque est de nature à tromper le public ou contraire à la loi¹⁹⁰⁰. Ainsi, la marque « The principal Financial Group » a pu être considérée comme contraire à l'ordre public, car elle représentait une « *tromperie à l'égard du public* »¹⁹⁰¹. Cette solution est justifiée pour M. VIVANT, car « *il faut considérer comme un principe essentiel le refus d'accepter que le public soit délibérément induit en erreur* »¹⁹⁰².

L'ordre public et les bonnes mœurs limitent la liberté de création par des dispositions exogènes à la propriété intellectuelle (section 2). Ils peuvent néanmoins parfois être intégrés aux droits de propriété intellectuelle. Ainsi, si les droits de propriété industrielle contiennent des dispositions relatives à l'ordre public et aux bonnes mœurs, ce n'est pas le cas de la propriété littéraire et artistique¹⁹⁰³.

¹⁸⁹⁸ S. JOLY, *op. cit.* n° 6

¹⁸⁹⁹ Voir par exemple, CA Paris, 19 octobre 2005, JurisData n° 2005-283917. La marque « Désir Sexe » n'est pas contraire aux bonnes mœurs dans la mesure où elle désigne des sites web pornographiques. I. ROUJOU DE BOUBÉE, « Marques. Signes illicites ne pouvant constituer des marques valables », *juris-cl. Marques – Dessins et modèles*, fasc. 7115, 2009, n° 14.

¹⁹⁰⁰ Ces deux restrictions sont comprises dans l'article L. 711-3 CPI qui dispose que « *Ne peut être adopté comme marque ou élément de marque un signe :*

a) *Exclu par l'article 6 ter de la Convention de Paris en date du 20 mars 1883, révisée, pour la protection de la propriété industrielle ou par le paragraphe 2 de l'article 23 de l'annexe 1 C à l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce ;*

b) *Contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, ou dont l'utilisation est légalement interdite ;*

c) *De nature à tromper le public, notamment sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit ou du service* ». Voir J.-M. BRUGUIERE, « 7. Propriété intellectuelle et ordre public », in *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, p. 85 et suiv., spéc. p. 92 : L'auteur estime que l'OHMI est assez laxiste dans l'évaluation de ce qui est contraire aux bonnes mœurs et ce qui doit être considéré simplement comme du mauvais goût. OHMI, gde ch. rec., 6 juill. 2006, aff. R0495/2005-G, citée par A. FOLLIARD-MONGUIRAL, « Florilège de jurisprudence 2006 en matière de droit communautaire des marques », *Propri. industr.* février 2007, étude 4, n° 16

¹⁹⁰¹ Paris, 4^e ch., 15 février 1990, Plant Genetics Systems, cité par J.-M. BRUGUIERE, *op. cit.* p. 85-86

¹⁹⁰² M. VIVANT, « Propriété intellectuelle et ordre public », in *Jean Foyer auteur et législateur, leges tulit, jura docuit, Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, Paris, 1997, n° 12, p. 318

¹⁹⁰³ J.-M. BRUGUIERE, « 7. Propriété intellectuelle et ordre public », in *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, p. 85 et suiv., spéc. p. 88



section 2 : L'ordre public et les bonnes mœurs, limite de la liberté de création exogène au droit d'auteur

397. Les notions d'ordre public et de bonnes mœurs. L'ordre public s'applique à de nombreux domaines, en droit privé, en droit public, en droit international privé, en droit européen¹⁹⁰⁴, en droit de l'arbitrage¹⁹⁰⁵, etc.. C'est une norme cadre¹⁹⁰⁶. Son sens n'est pas toujours le même dans toutes ces matières¹⁹⁰⁷. Lorsque l'on se réfère à l'ordre public, limitant la création, il s'agit de l'ordre public et des bonnes mœurs envisagés à l'article 6 du code civil¹⁹⁰⁸. De plus en plus, l'ordre public semble inclure également la dignité humaine qui est envisagée à l'article 16 du code civil¹⁹⁰⁹.

L'ordre public « *repose sur une hiérarchie de valeurs* »¹⁹¹⁰, qui sont le fruit de choix de la société¹⁹¹¹. Les bonnes mœurs sont « *le comportement habituel conforme à la morale commune* ». Il s'agit d'un compromis¹⁹¹² entre une « *éthique transcendantale, issue, dans notre société de la morale chrétienne* » et de ce que ferait la majorité de la population¹⁹¹³. Il semble que ces règles de morale sociales soient fondamentales « *pour l'ordre même de la société* »¹⁹¹⁴. L'ordre public et les bonnes mœurs sont la norme permettant d'apprécier les comportements. Il s'agit en particulier de la morale sexuelle, le respect de la personne humaine et les gains immoraux¹⁹¹⁵.

Il s'agit de notions évolutives¹⁹¹⁶, c'est-à-dire que les restrictions apportées aux libertés en vertu de l'ordre public et des bonnes mœurs sont fonction des époques. Dans le domaine de la

¹⁹⁰⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10^e éd., 2009, n°372

¹⁹⁰⁵ M. VIVANT, « Propriété intellectuelle et ordre public », in *Jean Foyer auteur et législateur, leges tulit, jura docuit, Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, Paris, 1997, p. 307 et suiv.

¹⁹⁰⁶ CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007 ; M. VIVANT, « Propriété intellectuelle et ordre public », in *Jean Foyer auteur et législateur, leges tulit, jura docuit, Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, Paris, 1997, p. 307 et suiv.. Tout comme les « bonnes mœurs » : F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10^e éd., 2009, n°387 ; P. HENAFF, « L'unité des notion-cadre », *JCP G*, n°48, 30 novembre 2005, I, 189 ; M. VIVANT, *op. cit.* n°1

¹⁹⁰⁷ M. VIVANT, « Propriété intellectuelle et ordre public », in *Jean Foyer auteur et législateur, leges tulit, jura docuit, Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, Paris, 1997, p. 307 et suiv.

¹⁹⁰⁸ Article 6 du code civil « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». J.-M. BRUGUIERE, *op. cit.* p. 88

¹⁹⁰⁹ Article 16 du code civil : « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* » ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Dalloz, 2012, n°235, note 4 p. 222

¹⁹¹⁰ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10^e éd., 2009, n° 373

¹⁹¹¹ M. VIVANT, *op. cit.* p. 308

¹⁹¹² F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.* n° 387

¹⁹¹³ *Ibid.* : ces auteurs font référence à une tendance idéaliste et à une tendance empirique.

¹⁹¹⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.* n° 387

¹⁹¹⁵ CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007

¹⁹¹⁶ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.* n°376



création, il est fait référence à la « censure » (§ 1). Cela explique que certains auteurs aient été censurés, alors qu'aujourd'hui leurs œuvres sont licites, voire même reconnues¹⁹¹⁷. La censure aurait aujourd'hui disparu, à quelques exceptions près. Cependant, les moyens répressifs existent toujours¹⁹¹⁸ (§ 2).

§ 1 : La censure restreignant la liberté de création

398. Limitation de la liberté de création pour des œuvres protégées par le droit d'auteur. Dans certains cas, des créations, protégeables par un droit de propriété intellectuelle, sont susceptibles d'être contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs¹⁹¹⁹, qui limitent alors l'exposition, la diffusion des œuvres. La liberté de création est alors restreinte, non pas par le droit d'auteur qui est « *amoral* »¹⁹²⁰, mais par d'autres règles de droit¹⁹²¹. Il n'existe pas de disposition dans le code de propriété intellectuelle qui limite le droit d'auteur pour des raisons d'ordre public ou de bonnes mœurs¹⁹²².

Une telle œuvre est donc protégée¹⁹²³. Dans ce sens, la cour de cassation a énoncé à plusieurs reprises¹⁹²⁴ que la non-conformité de l'œuvre à l'ordre public ne la privait pas de la protection par le droit d'auteur¹⁹²⁵. La neutralité de ce droit proviendrait de la distinction entre le fond et la forme qui est critiquable¹⁹²⁶.

¹⁹¹⁷ A. TRICOIRE, « L'art, la censure et les droits de l'homme », *Légipresse*, n°196, novembre 2002, II, p. 148 et suiv., spéc. p. 149 : l'auteur fait référence à *Madame Bovary* (Flaubert) notamment.

¹⁹¹⁸ NETZ, *Histoire de la censure*, PUF, coll. Que sais-je, Paris, 1997, p. 124. L'auteur ajoute même que cette disparition de la censure « est survenue moins par la volonté du pouvoir politique que par l'effet de l'évolution des mœurs et de la société ».

¹⁹¹⁹ Ch. CARON, *Droits d'auteur et droits voisins*, Litec, 2009, n°103 : Les œuvres immorales ou illicites sont protégées par le droit d'auteur. L'auteur donne l'exemple des films pornographiques.

¹⁹²⁰ Ch. CARON, *Droits d'auteur et droits voisins*, Litec, 2009, n°103

¹⁹²¹ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n°158

¹⁹²² F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.* n°158 ; M. VIVANT, « Propriété intellectuelle et ordre public », in Jean Foyer auteur et législateur, *leges tulit, jura docuit, Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, Paris, 1997, p. 307 et suiv., n°6, p. 311

¹⁹²³ Ch. CARON, *op. cit.* n°103 ; J.M. BRUGUIERE, « 7. Propriété intellectuelle et ordre public », in M. VIVANT (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, p. 85 et suiv., spéc. p. 89 ; M. VIVANT, « Propriété intellectuelle et ordre public », in Jean Foyer auteur et législateur, *leges tulit, jura docuit, Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, Paris, 1997, p. 307 et suiv., n°7, p. 312

¹⁹²⁴ Cass. crim. 28 septembre 1999, com. Ch. CARON, « Le droit d'auteur confronté au principe de la dignité de la personne humaine », *comm. comm. électr.* janvier 2000, comm. 4, p. 16 ; cass. crim. 6 mai 1986, C.

COLOMBET, « Propriété littéraire et artistique », *Dalloz* 1987 somm. p. 151 ; cass. crim. 25 janvier 1979, bull. crim. n°37 p. 110

¹⁹²⁵ Une limite existe néanmoins. Les juges, dans l'arrêt du 28 septembre 1999, ont estimé qu'une création pouvait être illicite mais qu'il fallait apporter la preuve qu'elle était dégradante.

¹⁹²⁶ M. VIVANT, « Propriété intellectuelle et ordre public », in Jean Foyer auteur et législateur, *leges tulit, jura docuit, Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, Paris, 1997, p. 307 et suiv., n°9, p. 314



La non intégration de la limite que constituent l'ordre public et les bonnes mœurs au droit d'auteur permet notamment de ne pas remettre en cause l'indifférence du mérite de l'œuvre¹⁹²⁷. La liberté de création n'est ici remise en cause que parce que l'auteur, ne pouvant divulguer son œuvre, sera privé des fruits de son travail. L'octroi du droit d'auteur n'est pas conditionné par la conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs, ce qui semble favorable à la liberté de création. Néanmoins, des dispositions extérieures au droit d'auteur peuvent restreindre la liberté de création. En effet, la communication de l'œuvre au public est indispensable à la liberté de création. La restriction de cette liberté provient également de l'obligation de l'éditeur de ne pas publier des œuvres qui heurtent l'ordre public.

399. L'ordre public, réel réducteur de la liberté de création ? La réalité de cette limite a été remise en cause. Pour M. VIVANT, le recours à la notion d'ordre public « *ne paraît plus... avoir d'utilité* »¹⁹²⁸ et le recours à celle-ci par le juge serait « *marginal* »¹⁹²⁹.

Néanmoins, une telle restriction reste possible, et des sanctions sont prévues. Il existe en particulier des sanctions pénales, protégeant le plus souvent les mineurs. De nombreux textes sont susceptibles de s'appliquer. La protection des mineurs a en effet pris le relais de la protection de l'ordre public en tant que tel. L'existence de certaines de ces œuvres littéraires encourt désormais le risque d'être contestée devant les tribunaux. D'autres formes d'œuvres, comme les arts plastiques ou le cinéma, sont également contrôlées, avant ou après avoir été rendues à la vue du public.

La censure est également exercée au nom de la dignité humaine. Cette restriction est contestée. L'homme serait ainsi privé de sa capacité de jugement¹⁹³⁰, lorsque l'on accroît les restrictions à la liberté.

¹⁹²⁷ Voir l'article L. 112-1 CPI : « *Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination* ». A. TRICOIRE, « L'art, la censure et les droits de l'homme », *Légipresse*, n°196, novembre 2002, II, p. 148 et suiv.. Cette indifférence du mérite « *consiste à ne pas remettre en cause le principe de la protection sous prétexte de considérations politiques, morales, esthétiques* » : M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Dalloz, 2012, n° 233 : l'indifférence du mérite a comme conséquence celle de « *ne pas remettre en cause le principe de la protection sous prétexte de considérations politiques, morales, esthétiques* ». De même pour Ch. CARON, com. de cass. crim. 28 septembre 1999, « Le droit d'auteur confronté au principe de la dignité de la personne humaine », *comm. comm. électr.* janvier 2000, comm. 4, p. 16 : « *les magistrats ne sauraient s'ériger en censeurs et apprécier la valeur morale d'une création* ». Cependant, l'article 16 du code civil est « *susceptible de tempérer quelque peu la neutralité amoral du droit d'auteur* », mais ne doit être utilisée que dans « *rarissimes hypothèses* ».

¹⁹²⁸ M. VIVANT, « Propriété intellectuelle et ordre public », in *Jean Foyer auteur et législateur, leges tulit, jura docuit, Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, Paris, 1997, p. 307 et suiv., n°4, p. 310

¹⁹²⁹ *Ibid.*



Enfin, une manifestation de l'ordre public perdue, il n'est pas possible de contester certains faits. Le révisionnisme, qu'il soit dispensé dans des ouvrages de fiction ou non, est sanctionnable.

Cet ensemble de dispositions constitue communément la censure (A). Il s'agit d'un « *contrôle exercé par un gouvernement, une autorité, sur la presse, les spectacles etc., destinés au public* ». Par ce contrôle, les œuvres peuvent être condamnées et leur diffusion interdite¹⁹³¹. Ce contrôle a évolué (B). Le terme de censure est utilisé depuis la fin du Moyen-Age pour la publication d'écrits ou la représentation de spectacles. Le contrôle en lui-même est considéré comme une censure, bien qu'il soit restreint à l'heure actuelle¹⁹³².

A) La notion de censure

400. La censure ne se limite pas au contrôle préalable. La censure est très ancienne¹⁹³³. Elle perdure, sous une certaine forme, s'adaptant aux époques. Bien que l'on considère que la censure n'existe pas dans les pays démocratiques, elle peut encore limiter la liberté de création, si certains textes sont appliqués¹⁹³⁴. Des créations sont susceptibles, en effet, d'être interdites avant ou après avoir été rendues publiques¹⁹³⁵. Toutes ces interdictions peuvent être considérées comme de la censure, même si le terme de censure renvoie *a priori* à un contrôle préalable¹⁹³⁶. Pour A. TRICOIRE, la censure existerait dans la mesure où la loi « *confère au pouvoir exécutif le pouvoir d'interdire une œuvre ou d'imposer à sa diffusion des*

¹⁹³⁰ A. TRICOIRE, *Petit traité de la liberté de création*, éd. La découverte, 2011, p. 62 : en l'occurrence c'est le public qui est privé de cette capacité de jugement, dans la mesure où pour l'auteur, « *la censure devient une représentation des valeurs morales qu'elle prétend protéger* ». Voir pour la dignité humaine : E. DREYER, « La dignité opposée à la personne », *Dalloz*, 2008, p. 2730, n°13 : « *le respect de la dignité humaine est utilisé comme un moyen de « re-moraliser » le droit entre les mains de ceux qui ont la présomption de croire que ledit droit peut lutter contre l'évolution des mœurs* ».

¹⁹³¹ Larousse ; J. DUVAL, « Censure », *encyclopédie Universalis*

¹⁹³² Voir notamment F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n°240

¹⁹³³ Ch. CARON, *Droits d'auteur et droits voisins*, Litec, 2009, note 198, p. 82 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n°240

¹⁹³⁴ P. CRAMIER, « Prévention, répression des infractions sexuelles et protection des mineurs », *Légipresse* mars 1999, n°159, II, p. 26

¹⁹³⁵ A. TRICOIRE, « Le droit français est paradoxal », in A. TRICOIRE (dir.) *La création est-elle libre ?*, éd. le bord de l'eau, 2003, p. 12

¹⁹³⁶ « *La consécration juridique de la loi [supprimant la censure préalable] (...) met fin à un régime de censure* » de la presse et du théâtre, et plus récemment de la communication audiovisuelle : J. VIGUIER, « Que devient la liberté d'expression cinématographique ? », in *Pouvoir et liberté, Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant Bruxelles, 1998, p. 687 et suiv., p. 689 ; Pour A. TRICOIRE, le terme censure ne s'applique qu'au système d'autorisation préalable : A. TRICOIRE, *Petit traité de la liberté de création*, éd. La découverte, 2011, p. 34 A. TRICOIRE, « L'art, la censure et les droits de l'homme », *Légipresse*, n° 196, novembre 2002, II, p.148 et suiv., spéc. p. 149 : le système de contrôle *a posteriori* consisterait en un « *système répressif* » ; J.-M. PONTIER, « Sur la censure », *Dalloz* 1994, p. 45 : « *la censure est étroitement associée au contrôle préalable s'exerçant ou étant susceptible de s'exercer sur une expression de l'homme en rapport avec la liberté de l'esprit* ». L'auteur estime que le contrôle *a posteriori*, s'il peut être constitutif de censure, fait en revanche l'objet de garanties.



restrictions qui signent de facto son arrêt de mort, dans des champs d'action très largement définis, comme c'est le cas de la loi française »¹⁹³⁷. Le dépôt préalable peut également être considéré comme une « forme de censure » pour G. BURDEAU¹⁹³⁸. L'autocensure, afin d'éviter une polémique, un licenciement, un procès¹⁹³⁹, peut également prendre le relais¹⁹⁴⁰.

401. Ce que signifie le mot censure : Le terme de censure peut paraître exagéré au regard de l'application qui en est faite. Il résulte de la lutte qui a été menée contre les restrictions faites à la presse d'opinion, telle qu'elle existait au XIXe siècle, à cette époque, il s'est agi d'un combat politique¹⁹⁴¹.

La censure revient à « condamner un livre comme préjudiciable à la religion ou à l'Etat »¹⁹⁴².

Cette censure aujourd'hui est le fait d'une multitude de textes¹⁹⁴³. Assez récemment ont été ajoutées à la liste des objets de censure, la provocation au suicide¹⁹⁴⁴, la présomption d'innocence¹⁹⁴⁵.

¹⁹³⁷ A. TRICOIRE, « L'art, la censure et les droits de l'homme », *Légipresse*, n°196, novembre 2002, II, p. 148 et suiv., spéc. p. 149

¹⁹³⁸ G. BURDEAU, *Libertés publiques*, LGDJ, 1972, p. 261, cité par E. PECHILLON, « Les interdictions de publications sous le contrôle du juge. Retour sur la loi du 16 juillet 1949 instaurant une police administrative spéciale », *AJDA*, 13 février 2006, étude p. 298. Dans le même sens : J.-P. PASTOREL estime que la loi de 1949 « instaure une véritable censure administrative » : J.-P. PASTOREL, « De la police administrative des activités culturelles », *Revue du droit public*, 2005, n°2, p. 403 et suiv., spéc. p. 416

¹⁹³⁹ « Censure, tabous, interdits », in *Foutez-nous la paix ! Plantu et les 77 dessinateurs...*, éd. Beaux-arts magazine, p. 106

¹⁹⁴⁰ Certains y sont même favorables : à propos des arrêts du 12 juillet 2000, plus particulièrement de l'affaire opposant le PDG de Citroën aux Guignols de l'info, E. DERIEUX a écrit que : « de telles mises en cause [l'auteur fait référence à d'autres affaires, concernant des hommes politiques], prétendument humoristiques, ont pu desservir ou, en réaction parfois, servir tel ou tel responsable ou candidat ? Cela ne devrait-il pas conduire les auteurs à plus de retenue et les juges à en tirer quelques conséquences quant à une possible responsabilité ? » : E. DERIEUX, « Abus de liberté d'expression et droit à réparation », *Petites affiches*, 14 août 2000, n° 161, p. 4 et suiv.

¹⁹⁴¹ E. PISIER-KOUCHNER, « Protection de la jeunesse et contrôle des publications », *RIDA*, avril 1973, LXXVI, p. 55 et suiv., spéc. 57

¹⁹⁴² R. NETZ, *Histoire de la censure dans l'édition*, PUF, coll. Que sais-je ?, Paris, 1997, p. 5

¹⁹⁴³ E. PIERRAT, *Antimanuel de droit*, éd. Bréal, 2007, ch. 6 : « La censure et ses nouveaux masques », p. 351 et suiv., spé. p. 352 : l'auteur cite : « diffamation, injure, offenses envers les chefs d'Etat, informations interdites de publication, dispositions contre le racisme et le révisionnisme, propagande anti-nataliste, provocation à l'usage des stupéfiants, devoir de réserve des diplomates et des militaires, présomption d'innocence, secrets professionnels de l'instruction, de la correspondance ou des affaires, outrages aux bonnes mœurs, respect de la vie privée, droits accordés par la propriété littéraire et artistique... ».

¹⁹⁴⁴ Par la loi n°87-1133 du 31 décembre 1987 (aujourd'hui article 223-13 à 223-17 du code pénal). Voir par exemple : cass. crim., 13 novembre 2001, bull. crim. 2001, n°234, p. 756 : Une revue, diffusée sous forme de supplément au Monde, présentait un livre donnant des méthodes pour se suicider. La présentation du livre constituait pour les juges une la publicité « en faveur des « procédés de suicide » ». Le directeur de la publication du journal le Monde, qui en contrôlait le contenu, a été condamné pour « avoir fait de la propagande ou de la publicité en faveur de produits, objets ou de méthodes préconisés comme moyen de se donner la mort ».

¹⁹⁴⁵ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000



Il est donc nécessaire de vérifier en quoi ces contrôles sont attentatoires à la liberté de création. La censure est une notion ancienne, qui a évolué en fonction des époques (B).

B) L'évolution

402. Du régime des approbations à la loi sur la presse. La censure est fondée sur des raisons d'ordre public ou de politique, sur la défense de la moralité publique¹⁹⁴⁶. A l'origine, il s'agissait d'un usage, la moralité était protégée dans la mesure où l'impression et la diffusion des œuvres étaient soumises à des approbations. Elle a fait l'objet d'une législation sous François 1^{er}¹⁹⁴⁷ qui a soumis l'impression des écrits à un contrôle préalable par l'université¹⁹⁴⁸. Il s'agissait donc d'une « répression d'ordre policier »¹⁹⁴⁹.

La censure était faite en amont, avant impression, auprès des imprimeurs¹⁹⁵⁰. Elle a tout d'abord été religieuse¹⁹⁵¹. Cette censure religieuse est restée pendant longtemps une cause de limitation de la liberté de création. La censure a ensuite été également royale, le système des privilèges, accordant à l'imprimeur l'autorisation d'imprimer un texte, a été mis en place au XVII^e siècle¹⁹⁵². Si la liberté d'expression a été proclamée dans la déclaration de 1789, dès 1792, un arrêté de la commune de Paris avait rétabli la censure, en prévoyant des sanctions à l'encontre des « auteurs de journaux contre-révolutionnaires »¹⁹⁵³. Sous l'Empire, la répression visait les outils d'opposition que sont les « chansons, pamphlets, figures ou images ». ¹⁹⁵⁴ La loi du 17 mai 1819 y avait ajouté l'écrit et l'imprimé¹⁹⁵⁵.

¹⁹⁴⁶ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n°240 ; Pour D. BECOURT, *Livres condamnés livres interdits, régime juridique du livre, liberté ou censure ?*, Cercle de la librairie, Paris, 1972, p. 1, ce qui était sanctionné c'était les atteintes à « la Religion, le service du Roi, le bien de l'Etat, ou la pureté des mœurs ».

¹⁹⁴⁷ A.-Ch. RENOUDARD, *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, tome 1, Jules Renouard et Cie, libraires, Paris, 1838, p. 31

¹⁹⁴⁸ A.-Ch. RENOUDARD, *op. cit.*, p. 32

¹⁹⁴⁹ D. BECOURT, *op. cit.* p. 1

¹⁹⁵⁰ D. BECOURT, *op. cit.* p. 1 : les imprimeurs étaient également les libraires.

¹⁹⁵¹ D. BECOURT, *Livres condamnés livres interdits, régime juridique du livre, liberté ou censure ?*, Cercle de la librairie, Paris, 1972, p. 1. F. WEIL, « Le fonctionnement de la censure en France au XVIII^e siècle », in J. DOMENECH, *Censure, autocensure et art d'écrire*, éd. Complexe, Bruxelles, 2005, p. 127 : dès 1521, les ouvrages faisaient l'objet d'un examen par la faculté de théologie avant impression.

¹⁹⁵² J. DUVAL, « Censure », encyclopédie Universalis. F. WEIL, « Le fonctionnement de la censure en France au XVIII^e siècle », in J. DOMENECH, *Censure, autocensure et art d'écrire*, éd. Complexe, Bruxelles, 2005, p. 127 : En 1653, la censure est devenue une attribution du Chancelier qui nommait les censeurs. Ceux-ci pouvaient demander des corrections.

¹⁹⁵³ B. MATHIEU, « La liberté d'expression en France : de la protection constitutionnelle aux menaces législatives », *revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, janvier 2007, n°1, p. 231 et suiv.

¹⁹⁵⁴ D. BECOURT, *op. cit.* p. 1

¹⁹⁵⁵ D. BECOURT, *op. cit.*, p. 2



Ainsi, deux affaires célèbres, où étaient en cause la morale religieuse et les bonnes mœurs, ont particulièrement retenu l'attention. Ces deux procès ont eu lieu en 1857¹⁹⁵⁶. Ils ont été intentés contre Flaubert pour *Madame Bovary*¹⁹⁵⁷ et contre Baudelaire pour *Les fleurs du mal*. Ce dernier fut condamné, notamment à supprimer certains poèmes de son recueil¹⁹⁵⁸. La censure était due à la « *crainte des effets nocifs que cette littérature était susceptible de produire par la crédulité de son « réalisme » et par sa « lascivité »* »¹⁹⁵⁹. Les mœurs évoluent, le jugement condamnant Baudelaire a été cassé et annulé¹⁹⁶⁰. Ces œuvres sont aujourd'hui enseignées¹⁹⁶¹.

De 1789 à 1881, la liberté de la presse était strictement encadrée, quand elle n'était pas supprimée¹⁹⁶². La loi sur la presse censurait également l'outrage. L'outrage aux bonnes mœurs est resté un délit de presse jusqu'en 1882¹⁹⁶³. La censure n'a ensuite été rétablie que pendant les périodes de guerres.

De nombreux textes sont ensuite venus limiter la liberté de création, non pas en interdisant la création, mais en limitant l'accès à celle-ci, notamment en fonction de l'âge du public (§ 2).

§ 2 : La censure actuelle

403. La multiplicité des textes. Plusieurs dispositions viennent restreindre la liberté de création au nom de l'ordre public et des bonnes mœurs. La loi du 29 juillet 1881, tout d'abord, qui contient des dispositions destinées à protéger les mineurs, le respect de la dignité

¹⁹⁵⁶ Ces affaires datent des 7 février et 20 août 1857 (Tribunal correctionnel de la Seine). Pour cette dernière, la révision de la condamnation a été demandée conformément à la loi du 25 septembre 1946, le jugement a été cassé par la chambre criminelle de la cour de cassation, le 31 mai 1949 : E. PISIER-KOUCHNER, « Protection de la jeunesse et contrôle des publications », *RIDA*, avril 1973, LXXVI, p. 55 et suiv., spéc. p. 121, note 82

¹⁹⁵⁷ Bien qu'il ait été acquitté, il a été reproché à Flaubert, « *un réalisme... qui serait la négation du beau et du bon* » et « *de continuel outrages à la morale publique et aux bonnes mœurs* » : cité par D. BECOURT, *op. cit.* p. 2

¹⁹⁵⁸ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n°242

¹⁹⁵⁹ G. SAPIRO, « De la responsabilité pénale à l'éthique de responsabilité de l'écrivain », in A. TRICOIRE (dir.) *La création est-elle libre ?*, éd. le bord de l'eau, 2003, p. 65

¹⁹⁶⁰ Cass. crim. 31 mai 1949, cité par E. PISIER-KOUCHNER, « Protection de la jeunesse et contrôle des publications », *RIDA*, avril 1973, LXXVI, p. 55 et suiv., spéc. p. 121

¹⁹⁶¹ A. TRICOIRE, « L'art, la censure et les droits de l'homme », *Légipresse*, n°196, novembre 2002, II, p. 148 et suiv., spéc. p.149

¹⁹⁶² Le système de censure dès 1791, consistait en une charge menée contre les journaux royalistes ou modérés. La censure a ensuite été officiellement instaurée (1811). Les journaux faisaient l'objet d'une « *censure préalable* » (1814). L'impression des livres était également soumise à la censure, tout comme le théâtre : J.-P. PASTOREL, « De la police administrative des activités culturelles », *Revue de droit public* mars 2005, n°2, p. 395 et suiv.

¹⁹⁶³ D. BECOURT, *Livres condamnés livres interdits, régime juridique du livre, liberté ou censure ?*, Cercle de la librairie, Paris, 1972, p. 4



humaine¹⁹⁶⁴, l'article 9 du code civil, le code général des impôts¹⁹⁶⁵, les articles 6, 1133 et 1172 du code civil¹⁹⁶⁶, les articles 227-23 et 227-24 du code pénal. Désormais, le contrôle est limité surtout à « *la protection des mineurs, aux sanctions de l'incitation à divers crimes ou délits ou encore au suicide, et de l'injure ou de la diffamation publiques, au respect des droits de la personnalité d'autrui et de la présomption d'innocence et à l'interdiction d'exprimer certaines idées particulièrement choquantes* »¹⁹⁶⁷.

404. Les hypothèses de censure. La censure actuelle résulte donc avant tout de la protection de l'enfance et de l'adolescence (A). Il existe cependant d'autres limites à la liberté de création (B).

A) La protection de l'enfance et de l'adolescence

405. La protection des mineurs est aujourd'hui à l'origine de la plupart des restrictions à la liberté de création. Les restrictions ne sont pas les mêmes qu'il s'agisse de littérature (1), de cinéma (2), d'œuvres d'art (3), ou de paroles de chansons (4).

1. La protection de la jeunesse dans la littérature

406. La protection de la jeunesse est issue de la loi du 16 juillet 1949¹⁹⁶⁸ (a). Ces dispositions intéressent à la fois la presse et les livres¹⁹⁶⁹. L'atteinte à la liberté de création peut aussi résulter des pressions sur les éditeurs (b). D'autres dispositions existent, notamment des dispositions pénales (c), qui ne limitent pas les publications destinées à la jeunesse, mais envisagent les œuvres contenant des propos ou des images pouvant choquer le jeune public. Depuis quelques années, les associations privées tentent également de limiter la liberté de création (d).

a) La protection spécifique instaurée par la loi de 1949

407. Les publications. Cette protection, issue de la loi du 16 juillet 1949, consiste en un contrôle des publications destinées à la jeunesse dès leur parution. Ces publications sont

¹⁹⁶⁴ C'est un principe pour l'auteur : F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 158

¹⁹⁶⁵ Certains considèrent que la fiscalité touchant les ouvrages de pornographie ou de violence permet de dissuader la création : F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 158

¹⁹⁶⁶ Liste donnée par F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 158

¹⁹⁶⁷ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.* n° 240

¹⁹⁶⁸ Loi n° 49-956 du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse. A. TRICOIRE, *Petit traité de la liberté de création*, éd. La découverte, 2011, p. 38

¹⁹⁶⁹ E. PECHILLON, « Les interdictions de publications sous le contrôle du juge. Retour sur la loi du 16 juillet 1949 instaurant une police administrative spéciale », *AJDA*, 13 février 2006, étude p. 300 : le texte a initialement été prévu pour la presse mais son application pour les livres est certaine depuis l'ordonnance n°58-1298 du 23 décembre 1958.



les publications enfantines et celles qui ont pour but de « *solliciter l'intérêt du jeune lecteur* »¹⁹⁷⁰. Elles peuvent être des périodiques, mais aussi des livres, des illustrés¹⁹⁷¹. Certaines mesures ne touchent que les périodiques.

408. Mesures. L'ouvrage doit faire l'objet d'une déclaration préalable au ministère de la justice¹⁹⁷² et cinq exemplaires doivent être déposés dès la parution auprès d'une commission de contrôle¹⁹⁷³, qui signale les publications pouvant justifier une interdiction¹⁹⁷⁴. Le ministre choisit de suivre cet avis ou pas¹⁹⁷⁵. Il dispose d'un éventail de mesures limitant la vente, l'exposition et la publicité de ces publications, issu de l'article 14 de la loi de 1949. Il n'est pas obligé de recourir à l'avis de la commission, mais ses arrêtés doivent être motivés.

409. L'absence de motivation d'un arrêté justifié par l'urgence. Le conseil d'Etat exerce un contrôle de la qualification juridique des faits¹⁹⁷⁶, ce qui suppose que la décision soit motivée¹⁹⁷⁷. Cependant, le juge administratif peut reconnaître la légalité d'un acte ne respectant pas la procédure du contradictoire¹⁹⁷⁸. Ainsi, à propos d'un arrêté prononçant l'interdiction de la vente d'une revue aux mineurs, d'exposition et de toute publicité, le Conseil d'Etat, a estimé que « *le ministre a pu interdire cette revue, sans qu'au préalable l'éditeur ait été mis à même de présenter des observations écrites dans les conditions prévues par l'article 8 du décret du 28 novembre 1983, dans la mesure où il y avait urgence* », s'agissant d'un journal pro-nazisme du nom de « Hitler SS ». Pour les juges, « *cet arrêté n'est pas entaché d'erreur de droit, la publication litigieuse présentant un danger pour la jeunesse*

¹⁹⁷⁰ A. POTIER, « Le contrôle des publications destinées à la jeunesse », *revue pénit.* 1951, p. 172 ; B. BEIGNIER, B. DE LAMY, E. DREYER, *Traité de droit de la presse et des médias*, Litec, 2009, p. 267

¹⁹⁷¹ Article 1^{er} de la loi du 16 juillet 1949. B. BEIGNIER, B. DE LAMY, E. DREYER, *op. cit.* p. 265

¹⁹⁷² Les œuvres cinématographiques sont-elles déclarées au ministère de la culture.

¹⁹⁷³ Article 6 de la loi du 16 juillet 1949

¹⁹⁷⁴ Article 3 de la loi du 16 juillet 1949 *in fine* : La commission « doit signaler aux autorités compétentes les infractions à la présente loi, ainsi que tous les agissements ou infractions de nature à nuire, par la voie de la presse à l'enfance et à l'adolescence ». Article 14 : « (...) Les publications auxquelles s'appliquent ces interdictions sont désignées par arrêtés, publiés au Journal officiel de la République française, qui, en ce qui concerne les livres, doivent intervenir dans un délai d'un an courant à partir de la date de la parution. La commission chargée de la surveillance et du contrôle des publications destinées à l'enfance et à l'adolescence a qualité pour signaler les publications qui lui paraissent justifier ces interdictions (...) ».

¹⁹⁷⁵ Voir notamment, cité par E. PECHILLON, « Les interdictions de publications sous le contrôle du juge. Retour sur la loi du 16 juillet 1949 instaurant une police administrative spéciale », *AJDA*, 13 février 2006, étude p. 300 ; CE, 29 juillet 1994, Lebon tables p. 751, D. JEAN-PIERRE, « A propos du contrôle administratif en matière de presse des publications de toute nature », note, *JCP G* 1995, II, 22496

¹⁹⁷⁶ E. PECHILLON, « Les interdictions de publications sous le contrôle du juge. Retour sur la loi du 16 juillet 1949 instaurant une police administrative spéciale », *AJDA*, 13 février 2006, étude p. 301

¹⁹⁷⁷ Loi du 11 juillet 1979, article 1^{er}

¹⁹⁷⁸ Loi du 12 avril 2000



en raison notamment de la place faite au crime, à la violence et à la haine et discrimination raciales »¹⁹⁷⁹.

410. Application de la loi à des ouvrages non destinés à la jeunesse. Certains romans, qui n'étaient pas destinés aux enfants ont été sanctionnés sur le fondement de l'article 14 de cette loi. Il peut être utilisé « *sans qu'il y ait lieu de rechercher si ces publications sont ou non principalement destinées aux enfants ou aux adolescents* »¹⁹⁸⁰. Cela a fait dire que cette loi a été le résultat d'un contrôle de la bonne moralité¹⁹⁸¹, tout d'abord attachée aux enfants et adolescents, qui a ensuite eu vocation à s'étendre ensuite à l'ensemble des publications¹⁹⁸². La protection de l'enfance a alors été perçue comme un prétexte¹⁹⁸³.

411. L'affaire « Rose Bonbon ». La commission, saisie par le ministre de l'intérieur, a ainsi donné son avis à propos du roman *Rose bonbon*¹⁹⁸⁴. Elle a ainsi préconisé une interdiction de vente aux mineurs de ce livre. Il s'agissait d'un roman de fiction sur un assassin pédophile, dont la narration était faite à la première personne. Ce livre contenait des scènes violentes et pornographiques. Cependant, au nom de la « *liberté de création et d'expression artistique* »¹⁹⁸⁵, certains estiment qu'un tel roman ne doit pas être censuré. L'auteur, quant à lui, parle de critique et non d'apologie de la pédophilie. Cette distinction entre critique et apologie est également fréquente lorsqu'il s'agit d'un livre historique. Si la critique est permise, l'apologie est condamnable¹⁹⁸⁶. Pour le syndicat national de l'édition, l'application de l'article en cause était « *incongru(e), inutile et dangereu(se)* »¹⁹⁸⁷. Pour A. TRICOIRE, cela serait contraire à la spécificité de la création artistique, qui ne doit pas être prise pour une marchandise comme les autres¹⁹⁸⁸. Elle estime que la liberté de création

¹⁹⁷⁹ CE, 2^e et 6^e sous-sections, 20 juin 1990, *gazette du palais*, 1991, pan. de droit adm. p. 15

¹⁹⁸⁰ CE, 27 février 1981, voir E. PECHILLON, « Les interdictions de publications sous le contrôle du juge. Retour sur la loi du 16 juillet 1949 instaurant une police administrative spéciale », *AJDA*, 13 février 2006, étude p. 300

¹⁹⁸¹ E. PISIER-KOUCHNER, « Protection de la jeunesse et contrôle des publications », *RIDA*, avril 1973, LXXVI, p. 55 et suiv., spéc. p. 69

¹⁹⁸² E. PISIER-KOUCHNER, *op. cit.* p. 69. Par exemple, la revue *Hitler = SS* a été interdite de vente aux mineurs, elle a également fait l'objet de mesures d'interdiction d'exposition et de publicité sur le fondement de la loi de 1949, bien que « *les arguments du ministre ne visent pourtant pas la protection de la jeunesse, ou alors de façon très indirecte* » : E. PECHILLON, *op. cit.* p. 303

¹⁹⁸³ A. TRICOIRE, *Petit traité de la liberté de création*, éd. La découverte, 2011, p. 40

¹⁹⁸⁴ Le directeur ou l'éditeur de la publication est en effet tenu de déposer deux exemplaires de la publication au ministère de la justice pour la commission d'après l'article 6 de la loi de 1949.

¹⁹⁸⁵ M.-F. DELHOSTE, « Liberté d'expression artistique et moralité publique, la pérennité d'un discours », *revue de droit public*, n°3, 2003, p.889 et suiv. (p. 891)

¹⁹⁸⁶ Voir *infra* n° 439 et 452, à propos du négationnisme.

¹⁹⁸⁷ Cité par A. TRICOIRE : A. TRICOIRE, « Le droit français est paradoxal », in A. TRICOIRE (dir.) *La création est-elle libre ?*, éd. le bord de l'eau, 2003, p. 15

¹⁹⁸⁸ A. TRICOIRE, *op. cit.* p. 15



artistique devrait être quasiment illimitée¹⁹⁸⁹, car il s'agit en effet d'une fiction¹⁹⁹⁰. Pour d'autres, accorder une liberté plus importante à la création artistique qu'aux autres formes d'expression n'est pas souhaitable¹⁹⁹¹. Les restrictions à la liberté de création seraient nécessaires et devraient être considérées comme une « *restriction de la présentation de l'œuvre au jeune public* »¹⁹⁹². En octobre 2002, le ministre de l'intérieur a refusé de suivre l'avis de la commission¹⁹⁹³.

On peut cependant objecter que l'interdiction d'un livre récent tel que « Rose bonbon » est contestable dans la mesure où d'autres œuvres, « *plus anciennes, comportent le même type de scènes* »¹⁹⁹⁴. La morale est de plus fonction des époques¹⁹⁹⁵. Cette interdiction est particulièrement sévère, puisqu'elle peut entraîner, pour les romans, un arrêt effectif de la diffusion du livre et un arrêt de la diffusion pour les périodiques¹⁹⁹⁶.

¹⁹⁸⁹ A. TRICOIRE, « Le droit français est paradoxal », in A. TRICOIRE (dir.) *La création est-elle libre ?*, éd. le bord de l'eau, 2003

¹⁹⁹⁰ Le Monde, 7 octobre 2002

¹⁹⁹¹ P. MBONGO, « Réflexions sur l'impunité de l'écrivain et de l'artiste », *Légipresse*, n°213, juillet/août 2004, p. 85 et suiv.

¹⁹⁹² P. MBONGO, *op. cit.* p. 88

¹⁹⁹³ Lettre du ministre de l'intérieur à Gallimard publiée par Le Monde, 14 octobre 2002. Le livre ne fera l'objet d'aucune mesure d'interdiction : il n'est pas destiné à un public mineur et a fait l'objet de la part de l'éditeur de mesures de précautions comme « *entourer le livre d'un film plastique assorti d'un avertissement* », de plus, la justice a été saisie.

Il existe plusieurs interdictions énumérées par l'article 14 de la loi du 16 juillet 1949, qui vont de l'interdiction de « *proposer, donner, louer ou vendre la publication en cause aux mineurs* », à l'interdiction de faire de la « *publicité au moyen de prospectus, d'annonces ou insertions publiées dans presse, de lettres-circulaires adressées aux acquéreurs éventuels ou d'émissions radiodiffusées ou télévisées* ».

¹⁹⁹⁴ A. TRICOIRE, *Petit traité de la liberté de création*, éd. La découverte, 2011, p. 42. Ce qui n'est pas admis : CE 20 décembre 1985, SARL éditions du pharaon, AJDA 1986, p. 190, note L. RICHER ; les petites affiches, 1986, n°67, p. 10, note B. PACTEAU

¹⁹⁹⁵ Voir M. COUTURIER, « Introduction » à *Lolita* de NABOKOV, 1955, éd. Gallimard, 2001 pour la préface : « *il existe une éthique de l'art qui transcende notre morale coutumière, souvent éphémère* ».

¹⁹⁹⁶ A. TRICOIRE, « Le droit français est paradoxal », in A. TRICOIRE (dir.) *La création est-elle libre ?*, éd. le bord de l'eau, 2003, p. 15. Cet arrêt de diffusion peut être ordonné par le juge (article 7 : « *Sans préjudice de l'application des dispositions des articles 119 à 129 du décret du 29 juillet 1939 visant les publications contraires aux bonnes mœurs ainsi que des dispositions de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et de toutes autres dispositions pénales applicables en la matière, toutes infractions aux dispositions de l'article 2 sont punies d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros.*

Le jugement est publié au Bulletin officiel du ministère de l'éducation nationale, à la Bibliographie de la France et dans trois journaux désignés nommément par le jugement. Le tribunal ordonne en outre la saisie et la destruction des publications incriminées. Le tout aux frais du ou des condamnés.

Lorsque l'infraction a été commise par la voie d'une publication périodique, le jugement peut ordonner la suspension de celle-ci pour une durée de deux mois à deux ans.

En cas de récidive, s'il s'agit d'une publication périodique, l'interdiction temporaire est ordonnée et l'interdiction définitive peut être ordonnée.

Sont punis des peines prévues à l'alinéa précédent le directeur de publication et l'éditeur qui ont enfreint une décision de suspension ou d'interdiction ».) ou par le ministère de l'intérieur (article 14 : « ...

Les infractions aux dispositions des précédents alinéas du présent article sont punies d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros. Les officiers de police judiciaire pourront, avant toute poursuite, saisir les publications exposées au mépris des dispositions de l'alinéa 2 ci-dessus ; ils pourront également saisir,

412. Des mesures inadaptées à la spécificité de la création artistique ? Pour d'autres, il n'est pas question ici de se demander ce qu'est la « bonne moralité »¹⁹⁹⁷. Quelle que soit l'intention de celui qui décrit des scènes violentes ou pornographiques¹⁹⁹⁸, il semble que ce qu'il faut rechercher, c'est la limite à la liberté créatrice imposée par d'autres libertés. Il semble qu'un avertissement soit plus conforme à la liberté de création, tout en permettant de préserver la jeunesse. Une telle création doit en effet être achetée pour que le public y ait accès, une interdiction est donc excessive, si l'on considère qu'un avertissement peut renseigner l'éventuel lecteur sur le contenu du livre en question. En effet, un livre ne peut pas, dans cette hypothèse, être mis dans une vitrine fermée, afin de ne laisser voir que le titre de l'ouvrage. L'interdiction de publicité implique que l'éditeur ne peut pas inscrire le livre en cause dans son catalogue¹⁹⁹⁹. GARCON estimait qu'il s'agissait d'un « *attentat contre la liberté de penser et d'écrire* »²⁰⁰⁰. De plus, il semble que l'interdiction de vente aux mineurs est une restriction importante à la liberté de création, puisque, selon A. TRICOIRE, les professionnels considèrent que cela revient à ne plus diffuser le livre, les libraires refusant « *de faire un travail de policier et de demander aux jeunes qui s'intéressent à la littérature contemporaine, qui ne sont pas légion, leurs papiers, soit parce que du fait de la masse de livres qu'ils ont à vendre, ils n'ont pas de temps, et renvoient l'ouvrage interdit à l'éditeur sans le mettre en vente* »²⁰⁰¹. Or la diffusion est nécessaire à la liberté de création, elle doit être considérée comme une des composantes de cette liberté. Ces mesures semblent donc excessives et néfastes à la liberté de création

413. L'extension des interdictions. La loi de 1949 a été plusieurs fois remaniée. Il y a eu une adaptation aux nouvelles techniques, aux nouvelles sources de « danger » pour la

arracher, lacérer, recouvrir ou détruire tout matériel de publicité en faveur de ces publications. Le tribunal prononcera la confiscation des objets saisis.

Quiconque aura, par des changements de titres, des artifices de présentation ou de publicité, ou par toute autre manœuvre, éludé ou fait éluder, tenté d'éluder ou de faire éluder l'application des interdictions prononcées conformément aux cinq premiers alinéas du présent article, sera puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 6 000 euros.

En outre, et sous les mêmes peines, le tribunal pourra interdire, temporairement ou définitivement, la publication du périodique et ordonner la fermeture totale ou partielle, à titre temporaire ou définitif, de l'entreprise d'édition. Toute condamnation à plus de dix jours d'emprisonnement, pour les délits prévus au présent alinéa, entraînera, pendant une période de cinq ans à compter du jugement définitif, privation des droits visés à l'article 42, 1° et 2°, du code pénal ... ».

¹⁹⁹⁷ M.-F. DELHOSTE, « Liberté d'expression artistique et moralité publique, la pérennité d'un discours », *revue de droit public*, n°3, 2003, p.889 et suiv. (p. 892)

¹⁹⁹⁸ Voir par exemple M.-F. DELHOSTE, « Liberté d'expression artistique et moralité publique, la pérennité d'un discours », *revue de droit public*, n°3, 2003, p.889 et suiv. : que son intention soit louable ou non.

¹⁹⁹⁹ GARCON, *encyclopaedia universalis*, art. Censure, cité par NETZ, p. 112

²⁰⁰⁰ *Ibid.*

²⁰⁰¹ A. TRICOIRE, « L'art, la censure et les droits de l'homme », *Légipresse*, n°196, novembre 2002, II, p. 148 et suiv., spéc. p.152



jeunesse. Ainsi, la loi de 1949 réprimait le caractère licencieux ou pornographique, la place faite au crime, la loi du 29 novembre 1954 a ajouté la référence aux préjugés ethniques²⁰⁰². Puis, sont désormais susceptibles d'interdiction, les publications présentant un danger pour la jeunesse en raison de « la violence »²⁰⁰³. La loi du 31 décembre 1987 réprime l'incitation à l'usage, à la détention ou au trafic de drogue, ainsi que à la discrimination, à la haine raciale²⁰⁰⁴. Par la loi du 4 janvier 1967, le législateur a renforcé les sanctions à l'encontre des éditeurs²⁰⁰⁵. La loi du 9 juillet 2010 a modifié l'article 2 de la loi de 1949, ajoutant à la liste la lutte contre les préjugés sexistes dans les publications destinées à la jeunesse²⁰⁰⁶.

La restriction de la liberté de création provient également du fait que les éditeurs peuvent être condamnés pour la publication d'une œuvre contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs (b).

b) La pression sur les éditeurs

414. Condamnation des éditeurs. Il existe plusieurs exemples. La loi du 16 juillet 1949 a permis notamment de condamner les auteurs ou éditeurs de « L'épi Monstre » de N. GENKA ou de « Château de Cène » de B. NOEL dans les années 1960²⁰⁰⁷. Elle a été sévèrement critiquée, les sanctions prévues ayant pour A. TRICOIRE de quoi ruiner un éditeur²⁰⁰⁸. Cette loi a notamment eu pour objectif de remédier à « *l'accroissement de la délinquance juvénile* »²⁰⁰⁹. Sous couvert d'empêcher une influence néfaste sur les enfants et

²⁰⁰² Loi n° 54-1190 du 29 novembre 1954 modifiant les articles 2 et 16 de la loi n° 49-956 du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse : a été ajouté : « *ou à inspirer ou entretenir des préjugés ethniques* » ; J. LE BORGNE, « Pour un renouveau de la Commission de surveillance et de contrôle des publications destinées à l'enfance et à l'adolescence », *Legicom*, n° 37, 2007/1, p. 31 et suiv., p.32

²⁰⁰³ La loi n° 67-17 du 4 janvier 1967 modifiant l'article 14 de la loi n°49-956 du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse ajoute « *ou à la violence* » à l'article 14 al. 2 de la loi de 1949.

²⁰⁰⁴ Loi n° 87-1157 du 31 décembre 1987 relative à la lutte contre le trafic de stupéfiants et modifiant certaines dispositions du code pénal. Modification de l'article 14 al. 2 : l'article 14 a ajouté à la place faite au crime et à la violence, « *la discrimination ou à la haine raciale, à l'incitation, à l'usage, à la détention ou au trafic de stupéfiants* ».

²⁰⁰⁵ Loi n° 67-17 du 4 janvier 1967 modifiant l'article 14 de la loi n° 49-956 du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse

²⁰⁰⁶ Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants. L'article 27 de cette loi a ajouté : « *ou à inspirer ou entretenir des préjugés ethniques ou sexistes* ».

²⁰⁰⁷ Ces livres sont désormais en vente libre : A. TRICOIRE, « L'art, la censure et les droits de l'homme », *Légipresse*, n°196, novembre 2002, II, p. 148 et suiv., spéc. p. 153

²⁰⁰⁸ A. TRICOIRE, *Petit traité de la liberté de création*, éd. La découverte, 2011, p. 38

²⁰⁰⁹ B. JOUBERT, « Combien d'enfants Tarzan tuait-il par semaine ? », in A. TRICOIRE (dir.) *La création est-elle libre ?*, éd. le bord de l'eau, 2003, p. 96 ; le lien possible entre criminalité et œuvre de fiction existe toujours, il est notamment relayé par P. MBONGO, « Réflexions sur l'impunité de l'écrivain et de l'artiste », *Légipresse*, n°213, juillet/août 2004, p. 89



les adolescents, certaines publications ont été censurées²⁰¹⁰. A travers elle, ce sont notamment les bandes dessinées, le journal de Mickey ou encore les Pieds Nickelés, qui furent visées. L'hebdomadaire Tarzan en a fait les frais en 1952. S'il n'a pu être censuré, son agrément de la Commission paritaire des papiers de presse lui a été retiré, le contraignant financièrement à cesser de paraître²⁰¹¹.

415. Contrôle préalable après trois interdictions dans la même année. Pour les éditeurs ces condamnations ne sont pas sans conséquences. Hormis l'amende, l'article 14 de la loi du 16 juillet 1949 prévoit qu'un éditeur, dont trois publications ont été interdites au cours des douze derniers mois, est soumis à un dépôt préalable au ministère de la justice de toute publication analogue, pour une durée de cinq ans²⁰¹².

416. Les recommandations de la commission, source d'autocensure. Cette Commission, dès la première année de son exercice, a estimé qu'un tiers des publications pouvaient être considérées comme néfastes pour la jeunesse au sens de l'article 2 de la loi du 16 juillet 1949²⁰¹³. Elle leur a alors octroyé un sursis pour leur permettre « *d'opérer, en quelque sorte spontanément, les améliorations nécessaires* »²⁰¹⁴, ce qui leur permettait d'éviter les poursuites.

Elle peut également faire des recommandations. Ce système repose sur l'autocensure²⁰¹⁵, dans la mesure où les éditeurs ont intérêt à ne pas perdre leur investissement sur un livre²⁰¹⁶. Les

²⁰¹⁰ P. CRAMIER, « Prévention, répression des infractions sexuelles et protection des mineurs », *Légipresse* mars 1999, n° 159, II, p. 25

²⁰¹¹ B. JOUBERT, *op.cit.* p. 99-100

²⁰¹² A. TRICOIRE, « Le droit français est paradoxal », in A. TRICOIRE (dir.) *La création est-elle libre ?*, éd. le bord de l'eau, 2003, p. 15. Ainsi, la société d'édition de Régine DESFORGES, « L'or du temps » : trois ouvrages édités par elle, ont été interdits à la vente aux mineurs de dix-huit ans en 1969. En 1970, elle a mis en vente deux livres sans dépôt préalable. Elle a été condamnée par la Cour d'appel de Paris, le 17 juin 1971, car même si ces livres avaient déjà été édités (ils dataient du XVII, XVIII, et XIXe siècles), ils devaient faire l'objet d'un dépôt légal : confirmé par cass. crim., 15 juin 1972, bull. crim. n°208, p. 542. Cette disposition a été critiquée : elle a été perçue comme un « véritable régime d'autorisation », notamment par J.-P. PASTOREL, « De la police administrative des activités culturelles », *Revue du droit public*, 2005, n°2, p. 403 et suiv., spéc. p. 418.

²⁰¹³ Article 2 : « *Les publications visées à l'article 1er ne doivent comporter aucune illustration, aucun récit, aucune chronique, aucune rubrique, aucune insertion présentant sous un jour favorable le banditisme, le mensonge, le vol, la paresse, la lâcheté, la haine, la débauche ou tous actes qualifiés crimes ou délits ou de nature à démoraliser l'enfance ou la jeunesse, ou à inspirer ou entretenir des préjugés ethniques ou sexistes. Elles ne doivent comporter aucune publicité ou annonce pour des publications de nature à démoraliser l'enfance ou la jeunesse* ».

E. PISIER-KOUCHNER, « Protection de la jeunesse et contrôle des publications », *RIDA*, avril 1973, LXXVI, p. 55 et suiv., spéc. p. 87

²⁰¹⁴ Cité par E. PISIER-KOUCHNER, *op. cit.* p. 87

²⁰¹⁵ E. PISIER-KOUCHNER, *op. cit.* p. 91 ; « *c'est la crainte de la censure qui est à l'origine de l'autocensure* » : J.-M. PONTIER, « Sur la censure », *Dalloz* 1994, p. 45 et suiv.



sanctions peuvent en effet être dissuasives²⁰¹⁷, puisque le « *montant moyen de la condamnation est souvent supérieur à celui du coût de la fabrication* »²⁰¹⁸.

Certains auteurs dénoncent le développement du phénomène d'autocensure²⁰¹⁹, qui bride la créativité des écrivains ou des scénaristes²⁰²⁰. La liberté de création serait en tout cas limitée, car les auteurs seraient soumis à la pression de leurs éditeurs pour éviter de telles recommandations²⁰²¹. Ceux-ci ont en effet intérêt à ne pas publier de tels écrits, dans la mesure où ils sont susceptibles de subir un contrôle plus important en cas de récidive²⁰²². Tous n'y sont pas hostiles, voyant dans l'autocensure « *une forme de civilité et d'humanité* »²⁰²³. Pour d'autres, l'autocensure, comprise comme le fait de se limiter à

²⁰¹⁶ A. TRICOIRE, *Petit traité de la liberté de création*, éd. La découverte, 2011, p. 39-40 ; E. PISIER-KOUCHNER, *op. cit.* p. 115 : le contrôle s'effectue en effet sur le livre, après fabrication et cette soumission du livre après fabrication, « c'est s'exposer à la ruine ».

²⁰¹⁷ E. PIERRAT, *Antimanuel de droit*, éd. Bréal, 2007, ch. 6 : « La censure et ses nouveaux masques », p. 351 et suiv., spé. p. 355 : « elle va de l'interdiction pure et simple à la suppression de paragraphes, de l'amende aux dommages-intérêts, sans oublier la publication de la condamnation et l'insertion de rectificatifs ».

²⁰¹⁸ E. PIERRAT, *op. cit.* p. 355

²⁰¹⁹ *Ibid.*

²⁰²⁰ Et les conduit à un « passage obligé au service juridique ou chez l'avocat de tout scénario ou manuscrit à peine écrit » : E. PIERRAT, *Antimanuel de droit*, éd. Bréal, 2007, ch. 6 : « La censure et ses nouveaux masques », p. 351 et suiv., spé. p. 355. S. DUPUY-BUSSON fait référence au rapport d'activité de la commission de classification des œuvres cinématographiques. Elle a délivré « entre le 1^{er} janvier 2007 et le 31 décembre 2009 plus de visas « tous publics » que d'ordinaire », ce qu'elle analyse tout à la fois par « une production cinématographique plus consensuelle et un degré plus élevé de tolérance aux images difficiles en raison de l'abondance et de l'accessibilité de celles-ci en dehors des salles de cinéma » : S. DUPUY-BUSSON, « La clarification des objectifs de délivrance des visas d'exploitation des films. Une garantie pour la liberté d'expression cinématographique ? », *Légipresse*, n°279, janvier 2011, chron. p. 18, spéc. p. 23

²⁰²¹ L'autocensure de l'éditeur conduirait en effet à la « censure » de la part de l'éditeur à l'égard de l'auteur » : E. PISIER-KOUCHNER, *op. cit.* p. 141

²⁰²² Article 14 de la loi du 16 juillet 1949, in fine : « ... Lorsque trois publications, périodiques ou non, éditées en fait par le même éditeur, ont ou auront été frappées, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 16 juillet 1949 et au cours de douze mois consécutifs, de deux des prohibitions prévues aux deuxième, troisième et quatrième alinéas du présent article, aucune publication ou aucune livraison de publication analogue, du même éditeur, ne pourra, durant une période de cinq ans courant du jour de l'insertion au Journal officiel du dernier arrêté d'interdiction, être mise en vente sans avoir été préalablement déposée, en triple exemplaire, au ministère de la justice, et avant que se soient écoulés trois mois à partir de la date du récépissé de ce dépôt. Le fait, de la part de l'éditeur ou du directeur de publication, de ne pas accomplir le dépôt prévu ci-dessus ou de mettre la publication dans le commerce avant la fin du délai de trois mois précité, sera puni des peines et entraînera l'incapacité prévues à l'alinéa précédent.

Quand, pendant la période de cinq ans susvisée, l'éditeur astreint au dépôt préalable ne se sera pas acquitté des obligations découlant de celui-ci, ou aura encouru deux autres interdictions prononcées en vertu de l'article 14, la durée d'assujettissement audit dépôt sera prolongée de cinq années, cette prolongation partant de l'expiration du délai de cinq ans initial.

A l'égard des infractions prévues par les huitième, dixième, onzième et douzième alinéas du présent article, le directeur de publication ou l'éditeur sera poursuivi en qualité d'auteur principal ; à son défaut l'auteur et, à défaut de l'auteur, les imprimeurs et distributeurs seront poursuivis comme auteurs principaux. Lorsque l'auteur n'aura pas été poursuivi comme auteur principal, il sera poursuivi comme complice. Pourront être poursuivis comme complices, et dans tous les cas, toutes personnes auxquelles l'article 60 du code pénal est applicable ».

²⁰²³ P. VALADIER, *Inévitable morale*, Seuil, 1990, p. 127, cité par J.-M. PONTIER, « Sur la censure », *Dalloz* 1994, p. 45



l'opinion des autres en général²⁰²⁴, constitue une entrave plus importante que les restrictions légales. Ce phénomène d'autocensure est difficile à évaluer, tout comme son impact sur la liberté de création.

417. La censure économique. Pour certains la censure économique provient initialement du contrôle de la création dans le cadre de contrats de commande ou de travail²⁰²⁵.

La « *censure économique* », ou plus exactement les préoccupations commerciales, peuvent conduire également les éditeurs, non seulement à ne pas publier certains ouvrages, mais aussi à demander à leurs auteurs d'effectuer des modifications, ou des coupes²⁰²⁶. Celles-ci, en effet, seraient justifiées par le fait que ces passages de manuscrit seraient « *jugés par l'éditeur peu conformes aux attentes présumées des lecteurs ou ne répondant pas aux impératifs du marché, qui, de plus en plus décident de la viabilité d'un projet éditorial* »²⁰²⁷. La prédominance actuelle de la dimension marchande de la création explique cette censure économique²⁰²⁸.

Cette censure économique existe également dans les médias²⁰²⁹ ou le cinéma.

Il existe d'autres sanctions, issues de la protection des mineurs par le code pénal, mais non spécifiques aux œuvres (c).

²⁰²⁴ Dans le sens de : conviction tenir pour vrai, une attitude mentale d'acceptation ou d'assentiment, un sentiment de persuasion, de conviction intime.

²⁰²⁵ A. ZOLLINGER, *Droit d'auteur et droits de l'homme*, thèse, 2006, Poitiers, n° 680

²⁰²⁶ A ce propos, voire la parodie faite par Umberto Eco, imaginant la réaction d'un éditeur face à plusieurs ouvrages, notamment la Bible, à propos de laquelle il écrit : « *Je dois dire que, quand j'ai commencé à lire le manuscrit, et durant les premières centaines de pages, j'ai été enthousiasmé. Il est plein d'action et on y trouve tout ce que le lecteur demande aujourd'hui à un livre d'évasion : du sexe (beaucoup), avec des adultères, de la sodomie, des meurtres, des incestes, des guerres, des massacres (...)* Puis, en allant plus loin, je me suis aperçu qu'il s'agissait en fait d'une anthologie de différents auteurs, avec de nombreux, trop nombreux morceaux de poésie, (...)». Le résultat, c'est un salmigondis monstrueux, qui risque de ne plaire à personne parce qu'il y a de tout. (...) Personnellement, je conseillerais de traiter pour voir si on peut publier à part les cinq premiers livres. Là, nous marchons en terrain sûr (...) » : U. ECO, *Pastiches et postiches*, Grasset, 1992, p.15 et suiv.. Dans le même sens, il y a NABOKOV, qui écrit à propos de *Lolita* : « A propos d'un livre intitulé *Lolita* », in NABOKOV, *Lolita* 1955, éd. Gallimard, 2001, pour la nouvelle traduction, p. 526-527 (article écrit pour *The Anchor Review* (Doubleday, New York)) : à propos des maisons d'éditions auxquelles il avait envoyé son livre : « *L'éditeur X, dont les conseillers furent si excédés par Humbert qu'ils ne dépassèrent jamais la page 188, eut la candeur de m'écrire que la seconde partie était trop longue. L'éditeur Y regretta quant à lui qu'il n'y eût aucun personnage dans le livre pour racheter les autres. L'éditeur Z dit que s'il imprimait Lolita, lui et moi finirions en prison* » : M. COUTURIER, « Introduction » de *Lolita*, p. 9

²⁰²⁷ S. DUCAS, « Censure et autocensure de l'écrivain », *PUF Ethnologie française*, 2006/1, vol. 36, p. 111 et suiv., spéc. p.112

²⁰²⁸ *Droit d'auteur et droits de l'homme*, thèse, 2006, Poitiers, n° 682

²⁰²⁹ J. DUVAL, « Censure », encyclopédie Universalis

c) Les sanctions issues du code pénal

418. La liberté de création limitée par une disposition non spécifique à la création.

Le législateur a institué un mécanisme de contrôle *a priori* des documents à destination des mineurs par l'autorité administrative²⁰³⁰. Elle peut ainsi interdire la diffusion de tels documents lorsqu'ils sont pornographiques, violents ou choquants²⁰³¹. Cette loi s'inspire de la loi de 1949²⁰³². Elle prévoit, de plus, que cette interdiction s'applique quels que soient les supports²⁰³³. Cela implique donc que la spécificité de la création artistique n'est pas prise en compte.

L'article 227-24 du code pénal²⁰³⁴ est applicable à tout type de message, artistique ou non²⁰³⁵. Or, pour P. MARCANGELO-LEOS²⁰³⁶, qualifier l'œuvre de message reviendrait à « *la priver de son statut d'œuvre* ». Cet article est donc une « *menace potentielle nuisible à la liberté de*

²⁰³⁰ Loi du 17 juin 1998

²⁰³¹ P. CRAMIER, « Prévention, répression des infractions sexuelles et protection des mineurs », *Légipresse* mars 1999, n° 159, II, p. 25

²⁰³² *Ibid.*

²⁰³³ Article 32 de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs : « *La mise à la disposition du public de tout document fixé soit sur support magnétique, soit sur support numérique à lecture optique, soit sur support semi-conducteur, tel que vidéocassette, vidéodisque, jeu électronique, est soumise aux dispositions du présent chapitre. Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent pas aux documents, autres que ceux mentionnés à l'article 34, qui constituent la reproduction intégrale d'une œuvre cinématographique ayant obtenu le visa prévu à l'article 19 du code de l'industrie cinématographique.*

Lorsque le document mentionné au premier alinéa présente un danger pour la jeunesse en raison de son caractère pornographique ou de la place faite au crime, à la violence, à la discrimination ou à la haine raciales, à l'incitation à l'usage, à la détention ou au trafic de stupéfiants, l'autorité administrative peut, par arrêté motivé et après avis de la commission mentionnée à l'article 33, interdire :

1° De le proposer, de le donner, de le louer ou de le vendre à des mineurs ;

2° De faire en faveur de ce document de la publicité par quelque moyen que ce soit. Toutefois, la publicité demeure possible dans les lieux dont l'accès est interdit aux mineurs.

En fonction du degré de danger pour la jeunesse que présente le document, l'autorité administrative prononce la première interdiction ou les deux interdictions conjointement.

L'arrêté d'interdiction est publié au Journal officiel de la République française.

Un décret en Conseil d'Etat précise, en tant que de besoin, les catégories de documents qui peuvent faire l'objet d'une interdiction ».

²⁰³⁴ Article 227-24 du code pénal : « *Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur.*

Lorsque les infractions prévues au présent article sont soumises par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle ou de la communication au public en ligne, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables ».

²⁰³⁵ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du code pénal*, Dalloz, 6^e éd. refondue, 2011, p. 756, n°690 : « *le mot de « message » a été employé pour couvrir le champ le plus large possible. Il concerne donc non seulement le message, au sens banal et premier du terme : lettre (...) mais aussi le message qui peut être délivré, au second degré, par une œuvre de fiction, de peinture, un objet, etc. ».*

²⁰³⁶ P. MARCANGELO-LEOS, « Les nouvelles formes de censure », *Légicom* n° 37, p. 97



création »²⁰³⁷. De plus, il ne s'agit pas de sanctionner des faits mais l'éventualité que le message soit « vu ou perçu par un mineur »²⁰³⁸.

419. Application de l'article 227-23 du code pénal. L'article 227-23 du code pénal²⁰³⁹ vise les images, le caractère artistique n'est pas pris en compte²⁰⁴⁰. En effet, selon M.-L. RASSAT, le terme « représentation » vise clairement les œuvres d'imagination²⁰⁴¹.

Les représentations pornographiques ont visé également les images virtuelles, les représentations artistiques.

420. L'application de ces dispositions justifiée pour limiter la liberté de création ?

Les deux articles mentionnés ont été contestés, puisque qu'il semble qu'ils aient été détournés de leur fin. Ils ont été créés dans le but de lutter contre les images pornographiques, non contre les représentations de mineurs²⁰⁴². A ce sujet, les avis divergent. Certains considèrent comme pornographique la simple nudité représentée sur un dessin, une sculpture, un film ou une photographie²⁰⁴³. D'autres soulignent l'importance de distinguer la réalité et la représentation²⁰⁴⁴. Ces articles, figurant parmi les articles réprimant les atteintes sexuelles

²⁰³⁷ Ibid.

²⁰³⁸ Voir TGI Carpentras, ch. corr., 27 mars 2003, *Légipresse*, n°202, juin 2003, I, 202-24 et I, 202-25 : « peu important les intentions de l'auteur quant au genre littéraire recherché. Les passages relevés par le tribunal suffisent à démontrer le caractère violent et/ou pornographique des messages véhiculés par l'ouvrage ».

²⁰³⁹ Article 227-23 du code pénal : « Le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende.

Le fait d'offrir, de rendre disponible ou de diffuser une telle image ou représentation, par quelque moyen que ce soit, de l'importer ou de l'exporter, de la faire importer ou de la faire exporter, est puni des mêmes peines.

Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 € d'amende lorsqu'il a été utilisé, pour la diffusion de l'image ou de la représentation du mineur à destination d'un public non déterminé, un réseau de communications électroniques.

La tentative des délits prévus aux alinéas précédents est punie des mêmes peines.

Le fait de consulter habituellement un service de communication au public en ligne mettant à disposition une telle image ou représentation ou de détenir une telle image ou représentation par quelque moyen que ce soit est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.

Les infractions prévues au présent article sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 500 000 € d'amende lorsqu'elles sont commises en bande organisée.

Les dispositions du présent article sont également applicables aux images pornographiques d'une personne dont l'aspect physique est celui d'un mineur, sauf s'il est établi que cette personne était âgée de dix-huit ans au jour de la fixation ou de l'enregistrement de son image ».

²⁰⁴⁰ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du code pénal*, Dalloz, 6^e éd. refondue, 2011, n° 682, p. 751

²⁰⁴¹ M.-L. RASSAT, *op. cit.* p. 745, n° 678

²⁰⁴² A. TRICOIRE, com. sous cass. crim., 2 mars 2011, « Qu'est-ce que la pornographie ? Les tribulations d'un concept mou confronté à l'art contemporain », *Légipresse*, n°283, mai 2011, p.305 et suiv. (p. 309) : à propos de la séance du 3 octobre 1991, sénat, débats parlementaires, p.2652

²⁰⁴³ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial. Infractions du code pénal*, Dalloz, 6^e éd. refondue, 2011, p. 745, n° 678 et suiv.

²⁰⁴⁴ Voir notamment A. TRICOIRE, com. sous cass. crim. 2 mars 2011, « Qu'est-ce que la pornographie ? Les tribulations d'un concept mou confronté à l'art contemporain », *Légipresse*, n°283, mai 2011, p.305 et suiv. (p. 310)



contre les mineurs, ont fait de la représentation un acte « *aussi grave que l'acte réel lui-même* »²⁰⁴⁵. Le tribunal de Carpentras a estimé, à propos de « Plateforme » de M. HOUELLEBECQ, que l'article 227-24 du code pénal ne pouvait pas s'appliquer pour les œuvres littéraires²⁰⁴⁶. En revanche, l'éditeur de L. SCHEER a été condamné en première instance sur le fondement de l'article 227-24 du code pénal, pour le roman « Il entrerait dans la légende »²⁰⁴⁷. A. TRICOIRE critique cet amalgame, car elle estime que cela revient à considérer que ce qui de « *l'ordre symbolique équivaut à la réalité* »²⁰⁴⁸. Pour D. LEFRANC, la reconnaissance des artistes a joué un rôle « *non négligeable* »²⁰⁴⁹. Il n'est cependant pas aussi critique, puisqu'il est pour la prise en compte du mérite des « *artistes polémiques* ». Il estime que « *la renommée d'un artiste est un indice fort de son utilité et de son insertion sociale* », qui devrait être prise en compte dans le cadre de la liberté de l'art qui doit être, pour lui, favorable à l'intérêt général²⁰⁵⁰. Cet avis est discutable. La liberté dont bénéficie un auteur existe en raison de sa qualité d'auteur, non en fonction de sa notoriété ou de ce qu'apporte l'œuvre. Cela est trop subjectif. Ainsi, pour A. TRICOIRE, « *la leçon de littérature* » subie par Flaubert, à propos de Madame Bovary était inutile, il aurait mieux valu relaxer Flaubert parce que son héroïne était un personnage²⁰⁵¹.

L'intérêt général commande que la création soit la plus libre possible sous réserve d'atteintes aux tiers trop importantes.

²⁰⁴⁵ A. TRICOIRE, *Petit traité de la liberté de création*, éd. La découverte, 2011, p. 47

²⁰⁴⁶ Trib. corr. de Carpentras, le 25 avril 2002, a jugé que l'œuvre littéraire et le roman n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 227-24 : « *Pour caractériser l'élément matériel de l'infraction, il convient de démontrer que celui-ci n'est ni un roman, ni une œuvre littéraire, mais bien un écrit spécifiquement pornographique... si le propos litigieux développé par l'auteur défendeur agrémenté de scènes sexuelles complaisamment décrites, peut certainement apparaître incongru, choquant, ou révoltant, l'ouvrage en cause n'en est pas pour autant dénué de toute valeur artistique ou littéraire, ainsi d'ailleurs l'on estime nombre de critiques et de journalistes* ». Elle en déduit que « *l'infraction alléguée n'est pas constituée dans son élément matériel* » : *Légipresse*, n°192, juin 2002, I, p. 76, 192-31. La référence au mérite de l'œuvre semble cependant inappropriée, même si l'appréciation du caractère artistique de l'œuvre est susceptible de conduire les juges à l'apprécier. Voir également A. TRICOIRE, « L'art, la censure et les droits de l'homme », *Légipresse*, n°196, novembre 2002, II, p. 148 et suiv. ; S. COLOMBET, M. VIGNAUD, « Publicité, presse, littérature et sexe : tout ce que vous avez toujours voulu savoir... », *Légipresse*, n° 204, septembre 2003, II, p. 108 et suiv.

²⁰⁴⁷ TGI Carpentras, ch. corr., 27 mars 2003, *Légipresse*, n°202, juin 2003, I, 202-24. La condamnation de l'éditeur résulterait du fait que l'ouvrage « *n'est qu'une succession ininterrompue de scènes de violence décrites avec une extrême crudité, de meurtres sauvages, avec recours délibéré à la violence gratuite, et des sévices sexuels, en particulier sur de jeunes enfants, peu important les intentions e l'auteur quant au genre littéraire recherché* ». Infirmé par CA Nîmes, 8 avril 2004, *Légipresse*, n° 222, I, p. 125

²⁰⁴⁸ A. TRICOIRE, *Petit traité de la liberté de création*, éd. La découverte, 2011, p. 47

²⁰⁴⁹ D. LEFRANC, « « La liberté de l'art et l'exception artistique ». Libres propos sur un colloque genevois », *Légipresse*, n°286, septembre 2011, p. 477 et suiv., spéc. p. 478

²⁰⁵⁰ *Ibid.*

²⁰⁵¹ A. TRICOIRE, « L'art, la censure et les droits de l'homme », *Légipresse*, 196, novembre 2002, II, p. 148 et suiv.

421. Cumul des motifs de censure et contradictions. L'article 227-23 du code pénal, limite non spécifique à la création, peut de plus censurer des décisions prises en application de dispositions spécifiques à la création artistique. L'article 227-24 du code pénal a également été utilisé pour censurer la décision du ministre de la culture et la Commission par le Conseil d'Etat à propos du film « Baise-moi »²⁰⁵².

Il semblerait que ces dispositions pénales aient remplacé l'outrage aux bonnes mœurs qui avait été supprimé par la réforme du code pénal²⁰⁵³. Leur application est contestée, car ces articles ne s'appliquent pas seulement aux publications destinées à la jeunesse.

L'article 1^{er} de la loi sur la presse²⁰⁵⁴ est bien souvent invoqué concomitamment à la loi du 16 juillet 1949.

La liberté de création peut être restreinte par plusieurs textes, spécifiques à protection de la jeunesse ou non. Le contrôle exercé paraît donc largement suffisant, et les sanctions parfois excessives. Cependant, la liberté de création a été également contestée par les associations privées (d).

d) Les associations privées

422. Les pouvoirs des associations privées. Les associations privées ont la possibilité depuis la loi du 2 janvier 2004²⁰⁵⁵ de contester la licéité des publications destinées à la jeunesse²⁰⁵⁶, malgré le contrôle exercé systématiquement²⁰⁵⁷.

La censure est relative, puisque les tribunaux (en appel ou en cassation) n'ont pas acquiescé aux demandes des associations. Ces procès contre des œuvres ont donc échoué, du fait de l'application mesurée, voire de la non application de la loi²⁰⁵⁸.

²⁰⁵² J.-P. PASTOREL, « De la police administrative des activités culturelles », *Revue du droit public*, 2005, n°2, p. 403 et suiv., spéc. p. 416 : CE, 30 juin 2000, *RFDA* 2000, p. 1317, p. 1311, note J. MORANGE

²⁰⁵³ A. TRICOIRE, *Petit traité de la liberté de création*, éd. La découverte, 2011, p. 43

²⁰⁵⁴ Article 1 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse : « *L'imprimerie et la librairie sont libres* ».

²⁰⁵⁵ A. TRICOIRE, *Petit traité de la liberté de création*, éd. La découverte, 2011, p. 48. Avant cette date, l'article 289 alinéa 3 de l'ancien code pénal prévoyait que « *Les associations reconnues d'utilité publique et dont les statuts prévoient la défense de la moralité publique pourront, si elles ont été agréées à cet effet par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, et du ministre de l'intérieur, exercer pour les infractions prévues par les articles 283 à 289 les droits reconnus à la partie civile* ».

²⁰⁵⁶ Article 7, dernier alinéa de la loi du 16 juillet 1949 : « *Les associations reconnues d'utilité publique dont les statuts, agréés par le garde des sceaux, ministre de la justice, et le ministre de l'intérieur, prévoient la défense de la moralité, les associations de jeunesse ou d'éducation populaire agréées par le ministre de l'éducation nationale, peuvent, en cas d'infraction aux dispositions de l'article 2, exercer les droits reconnus à la partie civile par les articles 85 et 418 et suivants du Code de procédure pénale* ».

²⁰⁵⁷ Tel qu'il est prévu par l'article Article 6 de la loi du 16 juillet 1949 : « *Le directeur ou l'éditeur de toute publication visée à l'article 1er est tenu de déposer gratuitement au ministère de la justice, pour la commission de contrôle, cinq exemplaires de chaque livraison ou volume de cette publication dès sa parution, sans préjudice des dispositions concernant le dépôt légal* ».



423. Des associations actives. Ces associations peuvent être particulièrement actives pour interdire ou faire condamner des œuvres, et par là limiter la liberté de création²⁰⁵⁹. Ces associations ne parviennent pas à faire condamner les créateurs. Cependant, ce qui les pousserait à de telles actions, c'est que « *l'échec judiciaire importe peu, car ce que retient le public, c'est la plainte dont la presse s'est largement fait l'écho* »²⁰⁶⁰. L'une des procédures engagée à l'encontre d'une exposition a été considérée comme manifestement abusive. Le TGI d'Avignon a en effet condamné l'association AGRIF à des dommages et intérêts en raison du préjudice constitué par la procédure²⁰⁶¹. Cette privatisation de la censure est également décrite par des écrivains²⁰⁶².

424. Affaire « Il entrerait dans la légende ». La liberté de création a été contestée par exemple pour le livre « Il entrerait dans la légende ». L'association Promouvoir avait saisi le ministre de l'intérieur d'une demande tendant à ce qu'il « *fasse usage des pouvoirs qu'il tient de [l'article 14 de la loi de 1949]* ». Le ministre a rejeté implicitement la demande. L'association a ensuite demandé l'annulation de la décision du ministre. Mais les juges ont relevé que celle-ci ne présentait pas les circonstances particulières qu'elle alléguait. Elle ne montrait pas l'erreur manifeste du ministre. L'association ne pouvait donc demander l'annulation de la décision attaquée²⁰⁶³. Le commissaire du gouvernement a précisé qu'il s'agissait d'un contrôle de proportionnalité. En effet, la censure n'est opérée que dans « *les cas dans lesquels l'abstention de l'autorité administrative conduit à des troubles manifestement excessifs au regard des impératifs d'intérêt général qu'elle a pour mission de défendre* ». En l'occurrence la publicité était peu importante, il y a eu peu de critiques. Le danger n'existait pas. De plus, l'association Promouvoir avait obtenu en première instance la

²⁰⁵⁸ A. TRICOIRE, *Petit traité de la liberté de création*, éd. La découverte, 2011, p. 61-62

²⁰⁵⁹ A propos des seules caricatures de Charlie Hebdo, le journal satirique recense neuf procès intentés par l'AGRIF : <http://www.charliehebdo.fr/les-proces-de-charlie.html>

²⁰⁶⁰ A. TRICOIRE, com. sous cass. crim., 2 mars 2011, « Qu'est-ce que la pornographie ? Les tribulations d'un concept mou confronté à l'art contemporain », *Légipresse*, n° 283, mai 2011, p. 305 et suiv., p. 314 : à propos de ce qu'a affirmé l'avocate de l'association La Mouette.

²⁰⁶¹ L'affaire a été relayée notamment par le journal « Libération » : « Affaire « Piss Christ » : une association intégriste désavouée », *Libération*, 20 avril 2011

²⁰⁶² T. TREMA, *revue Mouvement, revue indisciplinaire des arts*, novembre 2002, cité par J. DOMENECH, « Conclusion. La censure mode d'emploi ? », in *Censure, autocensure et art d'écrire. De l'Antiquité à nos jours*, éd. Complexe, 2005, p. 369 et suiv., spéc. p. 372-373

²⁰⁶³ CE 10 mars 2004, Conclusion du commissaire du gouvernement S. BOISSARD, « Le contrôle du juge sur le refus du ministre d'interdire la vente aux mineurs d'un ouvrage », *AJDA*, 10 mai 2004, act. jurispr., p. 983



condamnation de l'éditeur à une amende de 7500 Euros sur le fondement de l'article 227-24 du code pénal²⁰⁶⁴, infirmée en appel²⁰⁶⁵.

Le domaine de la publication n'est pas le seul dans lequel la liberté de création peut être réduite. Il existe un domaine particulier, dans la mesure où le contrôle s'effectue *a priori*, c'est celui du cinéma. La classification a des conséquences sur la vie du film, ce qui est susceptible de rejaillir sur la liberté de création (2).

2. La protection de la jeunesse dans le cinéma

425. Un contrôle *a priori*. Le cinéma est le domaine dans lequel la censure, comprise dans sa forme la plus contestée, celle d'un contrôle *a priori*, s'exerce. La liberté de création est donc susceptible d'être restreinte, plus que d'autres domaines de création, non par les droits de propriété intellectuelle, mais par des dispositions spécifiques, qui prennent en compte non les créateurs mais l'intérêt des spectateurs éventuels, le public. La diffusion est en effet assujettie à la délivrance de « visas » qui peuvent limiter l'accès à l'œuvre, voire l'interdire, même si cette dernière mesure n'a pas été appliquée depuis longtemps. Il s'agit d'un contrôle préalable²⁰⁶⁶, ce qui est spécifique au domaine cinématographique²⁰⁶⁷. Le ministre de la Culture délivre un visa d'exploitation²⁰⁶⁸ après avis de la commission de classification. Un recours de plein contentieux contre sa décision est possible²⁰⁶⁹. Le ministre peut aller jusqu'à interdire totalement un film²⁰⁷⁰.

²⁰⁶⁴ Voir : Tribunal correctionnel de Carpentras, 27 mars 2003, A. TRICOIRE, « L'élément intentionnel du délit de diffusion de message violent, pornographique ou contraire à la dignité humaine d'un mineur », *Légipresse* n° 222, 22 juin 2005, III, p. 125. CE 10 mars 2004, Conclusion du commissaire du gouvernement S. BOISSARD, « Le contrôle du juge sur le refus du ministre d'interdire la vente aux mineurs d'un ouvrage », *AJDA*, 10 mai 2004, act. jurispr., p. 983

²⁰⁶⁵ CA Nîmes, 8 avril 2004, *Légipresse*, n° 222, juin 2005, I, p. 125

²⁰⁶⁶ Contesté par certains, pour lesquels, le contrôle *a priori* en lui-même est une « *négarion de la liberté d'expression dans sa forme cinématographique* » : J. MOURGEON, « Autour d'un récent arrêt du Conseil d'Etat. Vers une liberté publique de l'expression cinématographique ? », *Gazette du palais*, rec. 1975, doctrine, p. 350. L'auteur précise que l'abrogation de cette disposition serait nécessaire conformément au préambule de la Constitution ainsi qu'aux exigences « *de notre temps* » : p. 351.

²⁰⁶⁷ X. DAVERAT, « La pornographie au cinéma : pour une nouvelle approche juridique », *Gazette du palais*, 13 mai 2003, n° 133, p. 23 et suiv.

²⁰⁶⁸ Article L. 211-1 al. 2 CCIA : « *La représentation cinématographique est subordonnée à l'obtention d'un visa d'exploitation délivré par le ministre chargé de la culture.*

Ce visa peut être refusé ou sa délivrance subordonnée à des conditions pour des motifs tirés de la protection de l'enfance et de la jeunesse ou du respect de la dignité humaine.

Les conditions et les modalités de délivrance du visa sont fixées par décret en Conseil d'Etat ».

²⁰⁶⁹ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2012, 8^e éd., n° 91, p. 105

²⁰⁷⁰ A. TRICOIRE, « Le droit français est paradoxal », in A. TRICOIRE (dir.) *La création est-elle libre ?*, éd. le bord de l'eau, 2003, p. 12

426. La réalité de la censure actuelle. Depuis 1990, l'interdiction totale du film n'a jamais été appliquée²⁰⁷¹, Pour P. KAMINA, « *ce contrôle a perdu les caractéristiques d'un système de censure au sens strict* »²⁰⁷². Cependant, il est reproché à ce système de contrôle a priori, d'être fait de « *règles opaques, qui permettent aux ministres de la République de procéder à des interdictions sans les motiver, ou permettent la poursuite aléatoire et hasardeuse devant les tribunaux correctionnels des auteurs ou diffuseurs d'œuvres au nom de règles inapplicables et incohérentes* »²⁰⁷³.

Ainsi, le reproche fait à propos de l'interdiction par le ministre de l'Information du film « Suzanne Simonin, la Religieuse de Diderot », est toujours valable, dans la mesure où le contrôle exercé par le ministre existe encore²⁰⁷⁴. L'article 19 du code de l'industrie cinématographique disposait que « *la représentation et l'exportation des films cinématographiques sont subordonnées à l'obtention de visas délivrés par le ministre chargé de l'information* »²⁰⁷⁵. Le contrôle est aujourd'hui exercé par le ministre de la culture. Cela équivaut à une « *négaration de la liberté d'expression dans sa forme cinématographique* »²⁰⁷⁶.

427. Encadrement du contrôle, garantie contre une censure arbitraire. Le contrôle est encadré. Le décret du 23 février 1990 impose au ministre de la culture, qui suit l'avis de la commission, de justifier son avis lorsqu'il décide une restriction de l'exploitation de l'œuvre²⁰⁷⁷. A défaut, sa décision peut être annulée pour insuffisance de motivation²⁰⁷⁸.

²⁰⁷¹ P. KAMINA, « Cadre administratif. Régime juridique des activités cinématographiques », *jurisclasseur civil annexes*, fasc. 1075, 2008, n° 63

²⁰⁷² P. KAMINA, *op. cit.* n° 63 ; dans le même sens, J. MORANGE, *RFDA* 2000, note 18, p. 1312-1313 ; X. DAVERAT, « La pornographie au cinéma : pour une nouvelle approche juridique », *Gazette du palais*, 13 mai 2003, n° 133, p. 23 et suiv.

²⁰⁷³ A. TRICOIRE, « Le droit français est paradoxal », in A. TRICOIRE (dir.) *La création est-elle libre ?*, éd. le bord de l'eau, 2003, p. 11

²⁰⁷⁴ M. BAZEX, note sous « La religieuse de Diderot », CE 24 janvier 197, *JCP* 1976, II, 18395 : cette affaire a été « *l'occasion de l'une des premières remises en cause de la censure cinématographique* ».

²⁰⁷⁵ Ce texte a été abrogé. La soumission de la représentation et de l'exportation d'un film à l'obtention de visas est aujourd'hui prévue à l'article L.211-1 du code du cinéma et de l'image animée qui dispose que « *La représentation cinématographique est subordonnée à l'obtention d'un visa d'exploitation délivré par le ministre chargé de la culture.*

Ce visa peut être refusé ou sa délivrance subordonnée à des conditions pour des motifs tirés de la protection de l'enfance et de la jeunesse ou du respect de la dignité humaine.

Les conditions et les modalités de délivrance du visa sont fixées par décret en Conseil d'Etat ».

²⁰⁷⁶ J. MOURGEON, « Autour d'un récent arrêt du Conseil d'Etat : Vers une liberté publique de l'expression cinématographique ? », *Gazette du palais*, 1975, 1^{er} sem. doctr. p. 350. Il faut préciser que ce qu'est visé ici est le contrôle tel qu'il existe, effectué par un ministre.

²⁰⁷⁷ Article 4 du décret n°90-174 du 23 février 1990 pris pour l'application des articles 19 à 22 du code de l'industrie cinématographique et relatif à la classification des œuvres cinématographiques :
« *Au vu de l'avis émis par la commission de classification, le ministre chargé de la culture prend l'une des mesures prévues aux articles 3 et 3-1. S'il prend l'une des mesures mentionnées aux b à e de l'article 3 et à l'article 3-1, sa décision doit être motivée [il s'agit des mesures limitant la représentation des films]. Le ministre peut décider, de sa propre initiative ou sur proposition de la commission, qu'un avertissement portant sur le*



L'article L. 211-1 du CCIA dispose que les raisons pouvant conduire à refuser ou subordonner à des conditions l'octroi du visa d'exploitation sont « *la protection de l'enfance et de la jeunesse ou du respect de la dignité humaine* ». La référence à la dignité humaine « *visé à harmoniser le système de classification avec les dispositions du code pénal relatives à la protection des mineurs* »²⁰⁷⁹. Ce même article précise que ces conditions sont fixées par décret en Conseil d'Etat²⁰⁸⁰.

De plus, il semblerait que le Conseil d'Etat, contrôlant les décisions du ministre, est protecteur de la liberté d'expression²⁰⁸¹. Un film, « *Que la vérité est amère* », remettait en cause « *des personnalités incontestables de la Résistance* »²⁰⁸². Le Conseil d'Etat a refusé d'annuler la décision accordant le visa d'exploitation au film, au motif que celui-ci n'était pas contraire à l'ordre public, « *même s'il [traite d'évènements historiques] de façon polémique* »²⁰⁸³. Dans

contenu ou les particularités de l'œuvre sera exposé à la vue du public, à l'entrée des salles où l'œuvre sera représentée. Cet avertissement doit également précéder toute diffusion par un service de communication audiovisuelle.

Avant de statuer, le ministre a la faculté de demander à la commission un nouvel examen. Il transmet, dans ce cas, au président de la commission les motifs de cette demande ainsi que toutes observations utiles.

La procédure prévue à l'alinéa précédent est obligatoire dans le cas où le ministre chargé de la culture envisage de prendre une décision comportant une mesure plus restrictive que celle qui a été proposée par la commission de classification ».

²⁰⁷⁸ CE 25 novembre 2009, association promouvoir et association Action pour la Dignité Humaine c/ Ministère de la Culture et de la Communication, n°328677 et 328769, juris-data n°2009-04910. Le ministre avait délivré un visa d'exploitation assorti d'une interdiction aux mineurs de moins de 16 ans au film Antichrist. Les requérants souhaitaient obtenir le retrait du film. Cette décision annule le visa délivré mais ne fait pas droit à la demande des associations. Le Conseil d'Etat « *ressaisit le ministre de la demande de visa d'exploitation* ».

²⁰⁷⁹ S. DUPUY-BUSSON, « La clarification des objectifs de délivrance des visas d'exploitation des films. Une garantie pour la liberté d'expression cinématographique ? », *Légipresse*, n°279, janvier 2011, chron. p. 18. L'auteur fait le lien entre cette disposition et l'article 227-24 du code pénal.

²⁰⁸⁰ Ces dispositions sont issues de l'Ordonnance n°2009-901 du 24 juillet 2009.

²⁰⁸¹ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2012, 8^e éd., n°91, p. 105 : les exemples qu'il donne sont « La religieuse de Diderot », CE 24 janvier 197, *JCP* 1976, II, 18395, obs. M. BASEX ; B. STIRN, Conclusions, « Le contrôle du Conseil d'Etat sur les visas d'exploitation des films », « Que la vérité est amère », CE 9 mai 1990, n°73691, *Dalloz* 1990, p.374 ; « La dernière tentation du Christ », CE, 3^e et 5^e sous-sections réunies, 9 mai 1990, *revue administrative* 1990, p. 431, obs. H. RUIZ-FABRI. Les limites de la liberté de création : « Baise-moi » CE 30 juin 2000, E. BOITARD, « Le contentieux des visas d'exploitation cinématographique », *Dalloz* 2001, jurispr., 590 ; A. LEPAGE, « Classé X parce qu'excessif », *comm. Comm. Electr.*, septembre 2000, n°95, p. 23 : lorsque le film a été inscrit sur la liste des films pornographiques ou d'incitation à la violence ; puis qualification moins stricte : CE 14 juin 2002, com. A. LEPAGE, *comm. Comm. Electr.*, 2002, n°148 ; CE 4 février 2004, Ken Park, *JCP* 2004, II, 10045, note P. TIFINE ; F. JULIEN-LAFERRIERE, « Annulation partielle du visa d'exploitation d'un film », *Légipresse* n° 211, mai 2004, III, p. 69

²⁰⁸² B. STIRN, Conclusions, « Le contrôle du Conseil d'Etat sur les visas d'exploitation des films », « Que la vérité est amère », CE 9 mai 1990, n°73691, *Dalloz* 1990, p.374. Voir également la décision du CE, « Octroi du visa d'exploitation à un film sur la Résistance et respect des libertés publiques : liberté d'expression et atteinte aux consciences », *Dalloz* 1990, p. 374

²⁰⁸³ CE, « Octroi du visa d'exploitation à un film sur la Résistance et respect des libertés publiques : liberté d'expression et atteinte aux consciences », *Dalloz* 1990, p. 374



un sens inverse, le Conseil d'Etat peut prendre une décision plus rigoureuse²⁰⁸⁴. L'appréciation est donc subjective²⁰⁸⁵.

428. L'évolution du contrôle. S. DUPUY-BUSSON voit une évolution dans les finalités de contrôle de la commission²⁰⁸⁶. Le critère de l'ordre public était un critère large pour l'auteur, qui a permis d'interdire des films critiquant « *directement certaines dispositions légales ou réglementaires* »²⁰⁸⁷. C'est une atteinte limitée dans le temps.

Les restrictions apportées à un film lorsqu'il est considéré comme un outrage aux bonnes mœurs sont « *rarement définitives* »²⁰⁸⁸, car celles-ci peuvent être revues en raison de l'évolution des mœurs. Aujourd'hui ce critère est surtout appliqué pour les films susceptibles de heurter la sensibilité religieuse²⁰⁸⁹.

L'ordre public et les bonnes mœurs ne sont plus la principale préoccupation de la Commission, même s'il semble que dans certaines affaires, ce soit la bonne moralité qui est protégée. Ainsi, lors de la première décision du Conseil d'Etat à propos du film « Baise-moi », les juges ont non seulement relevé la « *grande violence* » de nombreuses scènes et la « *succession de scènes de sexe non simulées* », mais aussi que les autres séquences du film ne traduisaient pas « *l'intention, affichée par les réalisatrices, de dénoncer la violence faite aux femmes par la société* »²⁰⁹⁰.

La commission protège désormais surtout la jeunesse²⁰⁹¹ et la dignité humaine²⁰⁹².

²⁰⁸⁴ A propos du film « Baise-moi », classé X par le CE 30 juin 2000, Section du contentieux, sur le rapport de la 2ème sous-section, n° 222194, 222195 – Association Promouvoir, M et Mme M. et autres (solution inverse pour le même film : CE 14 juin 2002, *comm. Comm. Electr.*, 2002, n°148 LEPAGE). Ce constat : X. DAVERAT, « La pornographie au cinéma : pour une nouvelle approche juridique », *Gazette du palais*, 13 mai 2003, n°133, p. 23 et suiv.

²⁰⁸⁵ X. DAVERAT, « La pornographie au cinéma : pour une nouvelle approche juridique », *Gazette du palais*, 13 mai 2003, n°133, p. 23 et suiv., citant des propos tenus

²⁰⁸⁶ S. DUPUY-BUSSON, *op. cit.* p. 19

²⁰⁸⁷ S. DUPUY-BUSSON, *op. cit.* p. 19, l'auteur cite par exemple le film « Histoire d'A », de Charles Belmont et Marielle Issartel, traitant de l'avortement.

²⁰⁸⁸ S. DUPUY-BUSSON, « La clarification des objectifs de délivrance des visas d'exploitation des films. Une garantie pour la liberté d'expression cinématographique ? », *Légipresse*, n°279, janvier 2011, chron., p. 18, spéc. p. 19

²⁰⁸⁹ S. DUPUY-BUSSON, *op. cit.* p. 20

²⁰⁹⁰ CE 30 juin 2000, Section du contentieux, sur le rapport de la 2ème sous-section, n° 222194, 222195 – Association Promouvoir, M et Mme M. et autres. Cet aspect de la décision a été souligné par X. DAVERAT, « La pornographie au cinéma : pour une nouvelle approche juridique », *Gazette du palais*, 13 mai 2003, n°133, p. 23 et suiv.

²⁰⁹¹ N. PERLO, « Censure et cinéma. Le rôle de l'Etat entre politique et marché », in N. AMBROUCHE, E. KIPPENLEN, J. MARCHIO, R. MATHIEU, N. PERLO, E. ZAMAGNI, *Censures. Les violences du sens*, publications de l'université de Provence, 2011, p. 131 et suiv., spéc. p. 136 : la commission devient une « *institution protectrice de l'enfance et de l'adolescence* ».

²⁰⁹² S. DUPUY-BUSSON, *op. cit.* p. 20



En amont, la réalisation d'un film est, elle aussi, soumise à autorisations. En effet, l'attribution d'aides financières est conditionnée à l'acceptation du projet²⁰⁹³.

429. La censure économique. D'autres formes de censure sont plus insidieuses, car économiques. S. DUPUY-BUSSON fait référence au « *poids des chaînes de télévision dans le financement du cinéma français* », qui aurait des effets pervers²⁰⁹⁴. Les productions consensuelles, avec des acteurs connus, sont préférées par la plupart des chaînes aux films plus risqués, qui seront plus confidentiels²⁰⁹⁵. L'auteur mentionne également la pratique qui consiste à faire visionner un film en avant-première à des spectateurs qui répondront ensuite à un questionnaire, ce qui conduira, pour le producteur, à suggérer des coupes aux auteurs du film²⁰⁹⁶. Le producteur peut donc imposer parfois ses vues aux auteurs, et leur imposer des remaniements²⁰⁹⁷. Cette pratique doit être relativisée. Si elle existe aux Etats-Unis, en France, elle ne sert « *qu'à élaborer la campagne marketing de lancement du film en salles* »²⁰⁹⁸.

430. L'atteinte à la liberté de création par la limitation de la diffusion. Les limites qu'impose le décret du 23 février 1990²⁰⁹⁹ sont des limites de la diffusion de l'œuvre cinématographique. Cependant certaines dispositions sont susceptibles d'affecter la liberté de création. Ainsi, lorsqu'un film fait l'objet d'un visa n'autorisant sa diffusion qu'à un public majeur ou fait l'objet d'une interdiction totale, telle que prévue à l'article 3 de ce décret²¹⁰⁰, la création elle-même se trouve compromise. La fiscalité n'est pas la même²¹⁰¹.

²⁰⁹³ D. COHEN, « La liberté de créer », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, Th. REVET, (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 2012, 18^e éd., p. 511 et s., n° 613. Voir *supra*, n° 375 pour les mesures favorisant la liberté de création.

²⁰⁹⁴ S. DUPUY-BUSSON, « La clarification des objectifs de délivrance des visas d'exploitation des films. Une garantie pour la liberté d'expression cinématographique ? », *Légipresse*, n°279, janvier 2011, chron., p. 18, spéc. p. 22

²⁰⁹⁵ *Ibid.*

²⁰⁹⁶ S. DUPUY-BUSSON, « La clarification des objectifs de délivrance des visas d'exploitation des films. Une garantie pour la liberté d'expression cinématographique ? », *Légipresse*, n°279, janvier 2011, chron., p. 18, spéc. p. 22 : il s'agit d'une pratique américaine : les « *projections-test* ».

²⁰⁹⁷ S. DUPUY-BUSSON, *op. cit.* p. 18, spéc. p. 22

²⁰⁹⁸ *Ibid.*

²⁰⁹⁹ Décret n° 90-174 du 23 février 1990 relatif à la classification des œuvres cinématographiques, modifié par les décrets n°92-446 du 15 mai 1992, n°96-776 du 2 septembre 1996, n°2001-618 du 12 juillet 2001 et 2002-945 du 28 juin 2002, pris pour l'application des articles 19 à 22 du code de l'industrie cinématographique et relatif à la classification des œuvres cinématographiques.

²¹⁰⁰ Article 3 du décret du 23 février 1990 : « *Le ministre chargé de la culture délivre le visa d'exploitation mentionné à l'article 19 du code de l'industrie cinématographique après avis de la commission de classification. La commission émet sur les œuvres cinématographiques, y compris les bandes annonces, un avis tendant à l'une des mesures suivantes :*

a) *Visa autorisant pour tous publics la représentation de l'œuvre cinématographique ;*
b) *Visa comportant l'interdiction de la représentation aux mineurs de douze ans ;*
c) *Visa comportant l'interdiction de la représentation aux mineurs de seize ans ;*



Il semblerait que la signalétique ait également pour effet de « *bride[r] la liberté de création cinématographique* » et de « *formate[r] l'ensemble des programmes pour une diffusion « tous publics »* »²¹⁰². En effet, afin d'accéder au marché télévisuel, aux horaires auxquels ils seraient vu par le plus grand nombre, les films doivent pouvoir être regardés par tous, et donc ne doivent pas être susceptibles de heurter le jeune public²¹⁰³. Ainsi, la liberté de création serait limitée et entraînerait une limitation de la diversité culturelle, par une mesure qui n'a pas d'autre rôle que d'« *alerter les parents* »²¹⁰⁴.

L'art peut également être censuré, lors de la diffusion. En effet, ce sont des expositions qui sont visées (3).

3. La protection de la jeunesse restreignant les œuvres d'art

431. L'interdiction d'exposition et de diffusion. La mesure d'interdiction d'exposition a pour objectif de protéger les mineurs.

Récemment, la loi du 5 mars 2007 a modifié certaines dispositions de la loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs. Cette ancienne loi a été reprise, en ce qui concerne le contrôle par l'administration des documents audiovisuels ou multimédias. Elle peut en interdire la diffusion à destination des mineurs, en raison du caractère pornographique des documents ou de la place faite au

d) Inscription de l'œuvre cinématographique sur les listes prévues aux articles 11 et 12 de la loi n° 75-1278 du 30 décembre 1975 entraînant l'interdiction de la représentation aux mineurs de dix-huit ans ;

e) Interdiction totale de l'œuvre cinématographique.

La commission peut proposer d'assortir chaque mesure d'un avertissement, destiné à l'information du spectateur, sur le contenu de l'œuvre ou certaines de ses particularités ».

Article 3-1, du décret n°2003-1163 du 4 décembre 2003 - art. 5 JORF 7 décembre 2003 en vigueur le 1er mars 2004 : « *La commission peut également proposer au ministre chargé de la culture une mesure d'interdiction de représentation aux mineurs de dix-huit ans pour les œuvres comportant des scènes de sexe non simulées ou de très grande violence mais qui, par la manière dont elles sont filmées et la nature du thème traité, ne justifient pas une inscription sur la liste prévue à l'article 12 de la loi du 30 décembre 1975 susvisée* ».

²¹⁰¹ L'article 11 de la Loi n°75-1278 du 30 décembre 1975 de finances pour 1976 : (...)

« 2. Les films pornographiques ou d'incitation à la violence au sens du I ci-dessus, qui ne sont pas soumis aux procédures d'agrément prévues en matière de soutien financier de l'Etat à l'industrie cinématographique ou qui sont produits par des entreprises non établies en France, donnent lieu au versement par les distributeurs d'une taxe spéciale dont le montant est fixé forfaitairement à une somme de 300 000 F pour les films de long métrage et à une somme de 150 000 F pour les films de court métrage.

La taxe est versée au plus tard à la date de la première projection publique du film. Pour les films déjà mis en exploitation avant la date d'entrée en vigueur du présent paragraphe, qui sera fixée par le décret prévu au paragraphe VI, la taxe est versée au plus tard à la date de la première projection publique postérieure à cette entrée en vigueur (...) ».

²¹⁰² K. FAVRO, « La doctrine du CSA en faveur de la protection de l'enfance et de l'adolescence », *Légicom*, n°37, 2007/1, p. 43 et s.

²¹⁰³ *Ibid.*

²¹⁰⁴ *Ibid.*



crime, à la violence, à la discrimination ou à la haine raciale, à l'incitation à l'usage, à la détention ou au trafic de stupéfiants. La nouvelle loi introduit la mesure d'interdiction d'exposition²¹⁰⁵.

En matière d'art contemporain, des poursuites pénales ont également été engagées sur le fondement des articles 227-23 et 227-24 du code pénal. Il s'agit de l'exposition « Présumés innocents ». La présidente de l'association La Mouette a déposé plainte, après l'exposition, pour que « *cette exposition ne soit plus présentée nulle part et que le catalogue soit saisi. [La présidente de cette association] voudrai[t] que les œuvres soient détruites ou, au moins, que les artistes les reprennent chez eux et ne les exposent plus jamais* »²¹⁰⁶. Après une très longue instruction, la mise en examen des organisateurs de l'exposition, la cour de cassation a clos l'affaire en confirmant qu'il n'y avait « *pas de charges suffisantes contre les personnes mises en examen* »²¹⁰⁷.

La liberté des auteurs de paroles de chanson est également limitée (4).

4. Les paroles de chanson

432. La liberté de création en raison du style musical. La censure peut également s'appliquer aux paroles de chansons²¹⁰⁸. Cependant, l'intention des créateurs et le style musical sont pris en compte. Les juges ont ainsi pu retenir que les propos grossiers tenus dans une chanson, constituant « *une critique violente de la société et des institutions* », étaient propre au style musical et que la virulence des propos n'était pas due à « *une intention délibérée de nuire* » et n'avait pas une « *portée réellement injurieuse à l'égard des Français en général* ». Les juges ont eu recours au délit d'injure « *envers un groupe de personnes en raison de leur appartenance nationale* » qui en l'espèce n'était pas constitué. Dès lors, des paroles qui ne stigmatisent pas un groupe particulier²¹⁰⁹, ne peuvent être considérées comme une injure punie par la loi du 29 juillet 1881. Or lorsque est visée « *la France* », « *il s'agit*

²¹⁰⁵ A. LEPAGE, « Les dispositions concernant la communication dans la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance », *comm. comm. électr.*, n°6, juin 2007, étude 13, n° 14

²¹⁰⁶ C. BEDARIDA et C. COURTOIS, « Des artistes accusés de « pornographie » par une association », *Le Monde*, 21 décembre 2000 : Cité par A. TRICOIRE, *com. sous cass. crim.*, 2 mars 2011, « Qu'est-ce que la pornographie ? Les tribulations d'un concept mou confronté à l'art contemporain », *Légipresse*, n°283, mai 2011, p.305 et suiv. (p. 311).

²¹⁰⁷ Cass. crim. 2 mars 2011, Association La Mouette, *comm. A. TRICOIRE*, « Qu'est-ce que la pornographie ? Les tribulations d'un concept mou confronté à l'art contemporain », *Légipresse*, n°283, mai 2011, p.305 et suiv.

²¹⁰⁸ Voir par exemple : TGI Paris, 17^e ch., 26 janvier 1998, AGRIF c/ Nouailhac, *Légipresse* 1998, n°152, I, p. 71 : « *Le principe de la liberté de création artistique autorise une large expression, sous de multiples formes, des opinions et des idées, en fonction des jugements propres à l'artiste, sur le bon goût desquels l'appréciation de chacun reste libre* ».

²¹⁰⁹ La loi du 29 juillet 1881 précise que l'injure doit viser une personne ou un groupe de personnes.



ainsi de l'expression imagée d'une critique engagée, enragée, de l'Etat, non d'un outrage ou d'un appel à la haine envers l'ensemble des Français »²¹¹⁰.

Cependant, la prise en compte du style de la chanson est critiquable pour A. LEPAGE, qui estime que « *l'esprit du rap* » n'a pas à être pris en compte, et qu'il s'agit d'un argument indifférent²¹¹¹. Il semble en effet que le style musical ne doit pas être un élément déterminant l'étendue de la liberté de création. Aussi, de la même manière que pour les ouvrages littéraires, la liberté de création devrait être limitée lorsque la chanson n'est qu'un « *prétexte* ».

433. L'élément intentionnel. Un autre élément est pris en compte, c'est l'élément intentionnel. Ainsi, à propos d'une chanson d'un groupe de rap, « Sniper », les juges ont estimé que « *la seule utilisation d'un texte par sa forme agressif, injurieux et violent, en l'absence de tout élément de preuve ou indice faisant présumer chez l'auteur de la chanson et ses interprètes une volonté de créer dans le public un état d'esprit favorable à la réalisation d'une atteinte volontaire à la vie ou à l'intégrité physique d'autrui, ne peut être suffisante pour caractériser l'élément intentionnel du délit reproché aux prévenus* »²¹¹². La cour souligne également que le vocabulaire utilisé est propre au style musical et que cela ne peut justifier une condamnation « *sauf à refuser et interdire au rap toute existence* ». Il semble que la liberté de création artistique, quelle que soit l'opinion que l'on ait du rap, suffit à justifier l'absence de condamnation des prévenus. De plus, pour A. LEPAGE les faits en cause illustrent le fait que l'élément intentionnel aurait pu être retenu²¹¹³. Peut-être que les juges ont voulu ne pas condamner les auteurs de la chanson, précisément parce qu'il s'agissait d'une œuvre et non de propos exprimés comme une opinion personnelle. Il semble que la création dans son ensemble doive bénéficier d'une plus grande liberté que celle accordée à l'expression d'une idée ou d'une opinion. Ainsi, la liberté accrue de l'auteur d'une création artistique a été récemment affirmée par la 17^e chambre du TGI de Paris, à propos du clip de la chanson « *sale pute* ». Selon les juges, « *l'internaute peut aisément prendre conscience de la distanciation existant entre le chanteur et un personnage dont il joue le rôle et qu'il n'invite*

²¹¹⁰ Cass. crim., 3 février 2009, pourvoi n°08-85220, citant le jugement rendu par le tribunal en première instance.

²¹¹¹ CA Rouen, ch. corr. 14 décembre 2005, com. A. LEPAGE, « Le rap à l'épreuve de la loi de 1881 ou... la loi de 1881 éprouvée par le rap », *com. com. électr.* n°6, juin 2006, com. 102

²¹¹² *Ibid.*

²¹¹³ T. corr. Paris, 15 avril 1986, BOUZAT « Infractions contre les biens », *revue sc. Crim.* 1987, p. 209 : les juges ont affirmé que « *la provocation est une manœuvre consciente qui a pour but de surexciter les esprits et de créer la mentalité qui appelle l'infraction* ». Un critère si large paraît dangereux pour la liberté de création.



personne à imiter »²¹¹⁴. Cela implique que « *le principe conventionnel et constitutionnel de la liberté d'expression doit être d'autant plus largement apprécié qu'il porte sur une œuvre de l'esprit, la création artistique nécessitant une liberté accrue de l'auteur...* »²¹¹⁵.

434. Limite : la menace d'une personne nommément désignée. Dans le sens contraire, on peut citer le jugement rendu par la 17^e ch. du TGI de Paris, qui a condamné un rappeur et son producteur car le rappeur menaçait un chroniqueur de télévision²¹¹⁶ nommément désigné. Le tribunal reconnaissait que ce dernier avait tenu à l'égard des rappeurs des propos « *incontestablement déplaisants voire péremptaires* », les juges ont néanmoins affirmé qu'« *il existe une véritable disproportion entre une opinion émise sur un genre musical et le fait d'insérer même dans une œuvre artistique une expression injurieuse ayant pour objet de faire taire un chroniqueur* »²¹¹⁷.

Des restrictions peuvent être apportées à la liberté de création, sans prendre en compte le public auquel ces créations s'adressent, mais parce que certains intérêts ne peuvent être écartés (B).

B) Les autres motifs de censure

435. La communication des œuvres peut également être remise en cause par la loi sur la presse (1). La limite à la liberté de création consiste alors en la condamnation lors de la publication ou la communication de l'œuvre. La remise en cause de faits historiques et notamment le révisionnisme (3), l'atteinte à la présomption d'innocence (2) et le secret de l'instruction²¹¹⁸ sont également des limites à la liberté de création. Cependant celles-ci peuvent être restreintes, voire écartées, en particulier par la Cour EDH. La communication des créations au public peut être interdite, mais cette interdiction doit être limitée dans le temps, la diffusion est alors autorisée sous réserve de laisser passer un délai entre les faits et la diffusion de la création.

1. Les motifs tirés de la loi sur la presse

436. La loi sur la presse réprime la diffamation (a), ainsi que les incitations à la provocation et à l'injure (b).

²¹¹⁴ TGI Paris, 17^e ch., 12 juin 2012, *Légipresse* n°296 ; juillet août 2012, p. 413, n°296-18

²¹¹⁵ *Ibid.*

²¹¹⁶ Eric Zemmour

²¹¹⁷ TGI Paris, 17^e ch., 25 octobre 2011, « En bref... », *RLDI*, n° 76 novembre 2011, p. 69

²¹¹⁸ Voir par exemple *Légipresse*, n°290, janvier 1992, p. 17, n°290-23

a) La diffamation

437. Distinction entre fiction et prétexte. La liberté de création n'autorise pas les auteurs à diffamer les personnages historiques ou publics. Cela affecte la création littéraire et cinématographique. La diffamation constitue alors une limite à la liberté de création.

Par exemple, un roman remettant en cause les époux Aubrac, les accusant de collaboration a été sanctionné. La peine a été particulièrement forte à l'égard de l'auteur et de l'éditeur²¹¹⁹.

La diffamation d'une personne politique est également condamnée, quelle que soit le genre de l'œuvre. Ainsi, dans son roman « Le procès de Jean-Marie Le Pen », l'auteur, Mathieu Lindon a mêlé réalité et fiction. Bien qu'il ait changé les noms des protagonistes, il faisait référence à certains faits divers, qu'il associait au Front national ou à J.-M. Le Pen. Il a été condamné²¹²⁰. Les juges en première instance²¹²¹, ont estimé que le fait qu'il s'agisse d'un roman - cela est précisé sur la couverture - et que les propos sont tenus par des personnages fictifs n'empêche pas le caractère diffamatoire du roman en question. Il y est clairement fait référence au président du front national, et à son parti. En appel²¹²², la cour précise que la diffamation consiste, d'après l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881, en « *toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne* »²¹²³. Les juges précisent que « *la loi n'introduit pas de différence à cet égard selon la nature des écrits en question : à ce titre, tout écrit qu'il soit de nature politique, philosophique, romanesque voire poétique* » est susceptible d'être diffamant. La cour de cassation²¹²⁴ affirme que la liberté d'expression, protégée par l'article 10 de la CEDH, n'est pas absolue, la protection de la réputation d'autrui, mentionnée par l'article 10.2 CEDH, peut limiter cette liberté. Cette condamnation de l'auteur et son éditeur a été contestée par plusieurs écrivains, la pétition et les passages litigieux du roman ont été reproduits dans le journal Libération. Cette publication a fait également l'objet d'une condamnation²¹²⁵. Toutes ces condamnations ont fait l'objet

²¹¹⁹ D. de BELLESCIZE, comm. Sous TGI Paris, 2 avril 1998, « Aubrac, Lyon 1943 », Un cas exemplaire de condamnation d'un ouvrage pour diffamation par reproduction et par insinuation », *Les petites affiches*, 17 juillet 1998 n° 85, p. 24

²¹²⁰ Cité par A. TRICOIRE, « Le droit français est paradoxal », in A. TRICOIRE (dir.) *La création est-elle libre ?*, éd. le bord de l'eau, 2003, p. 22 ; CA Paris, 11^e ch. A, 13 septembre 2000.

²¹²¹ Trib. Corr. De Paris, 11 octobre 1999

²¹²² CA Paris, 13 septembre 2000, cité par E. PIERRAT, *Le droit du livre*, éd. du cercle de la librairie, 2005, p. 148

²¹²³ *Ibid.*

²¹²⁴ Cass. crim. 27 novembre 2001, pourvoi n° 00-86106

²¹²⁵ Cass. 3 avril 2002, rejetant le pourvoi contre, CA Paris, 11^e ch., 21 mars 2001, confirmant Trib. Corr. Paris, 7 septembre 2000.



d'un recours devant la Cour EDH qui a affirmé que « *mesures prises contre les requérants n'étaient pas disproportionnées au but légitime poursuivi* »²¹²⁶.

Pour certains, il s'agissait d'une « *fiction-prétexte* », ce qui justifie la condamnation²¹²⁷. A l'inverse, lorsque l'œuvre ne peut être perçue comme une information exacte par le public, la liberté de création prévaut. Elle est alors indissociable de la liberté d'expression.

438. La liberté de l'humoriste. Ainsi, l'humoriste bénéficie d'une tolérance particulièrement étendue. Les juges l'ont affirmé à plusieurs occasions. Notamment, dans un jugement rendu le 9 janvier 1992, les propos tenus dans un spectacle humoristique²¹²⁸ n'ont pas été considérés comme diffamant. L'humoriste assurait qu'un parti politique, le Front national, avait « *reçu de l'argent du régime irakien, puissance ennemie, en temps de guerre* ». Or ces propos sont susceptibles d'être constitutifs au moins d'une atteinte à l'honneur et à la considération des personnes mises en cause. Le tribunal précise cependant que la culpabilité s'apprécie en fonction de « *la légitimité du but poursuivi, l'absence d'animosité personnelle, la prudence et la mesure dans l'expression, ainsi que la qualité de l'enquête* ». Les juges affirment cependant, que « *ces critères, qui concernent principalement le journaliste, l'historien et ceux qui font profession d'informer ou prétendent à la confiance de ceux qui les écoutent, ne sont pas immuables et la bonne foi doit raisonnablement s'apprécier en fonction du genre d'expression utilisée. S'il n'existe aucune immunité légale en faveur des humoristes ou des « bouffons », une réelle tolérance, voulue par l'usage, doit conduire le juge à concilier la plus large liberté d'expression avec les droits de la personnalité* »²¹²⁹. Le genre d'expression, en l'occurrence, un spectacle humoristique, est caractérisé par l'excès²¹³⁰ : Les propos en cause, tenus lors d'une émission d'information à la radio, s'inscrivaient « *dans le cadre de l'exercice normal (...) de son métier d'amuseur* »²¹³¹.

Cette clémence est justifiée par le fait qu'« *à toutes les époques, le bouffon remplit une fonction sociale éminente et salubre, qui s'exerce, par principe, légitimement, au détriment*

²¹²⁶ Grande chambre de la CEDH, affaire LINDON, OTCHAKOVSKY-LAURENS et JULY c. France, Requêtes n^{os} 21279/02 et 36448/02, 22 octobre 2007

²¹²⁷ A. SPIRE, « La liberté d'expression et ses abus : difficultés et cas limites », in A. TRICOIRE (dir.) *La création est-elle libre ?*, éd. le bord de l'eau, 2003, p. 39

²¹²⁸ TGI Paris, 1^{re} ch. corr., 9 janvier 1992 et TGI Paris, 16 février 1993, Ch. BIGOT, « Conditions de la bonne foi de l'humoriste poursuivi pour diffamation », *Dalloz* 1994, somm. p. 195 ; « *le bouffon remplit une fonction sociale éminente et salubre et participe à sa manière à la défense des libertés* » (TGI Paris, 17e ch., 9 janv. 1992 : *Gaz. Pal.* 1992, 1, p. 187, obs. Ph. BLIGER)

²¹²⁹ TGI Paris, 1^{re} ch. corr., 9 janvier 1992, Ch. BIGOT, « Conditions de la bonne foi de l'humoriste poursuivi pour diffamation », *Dalloz* 1994, somm. p. 195

²¹³⁰ *Ibid.*

²¹³¹ *Ibid.*



des puissants, des personnages publics, de ceux dont on parle et dont les idées sont connues ; il participe, à sa manière, à la défense des libertés »²¹³².

439. Limite à la liberté de création. La liberté de création n'est cependant pas illimitée. Dès lors que le caractère humoristique n'est plus perceptible par le public, il n'y a plus création artistique. Ainsi, dans une autre affaire, un humoriste a été condamné. Il s'agissait de propos négationnistes. En l'espèce, lors d'un spectacle, cet humoriste a fait remettre un « prix » à une personne notoirement connue pour ses thèses négationnistes par un des spectateurs, déguisé en déporté juif. Pour les juges, l'humoriste ne pouvait se retrancher derrière sa profession, il ne s'agissait dès lors plus d'un spectacle mais d'un meeting²¹³³. Cet arrêt a été confirmé par la cour de cassation. Les juges ont estimé que l'intention du défendeur devait être évaluée à travers les mots, mais aussi à travers les actes. En effet, cette restriction à la liberté - qualifiée de « *mise en scène* » par le défendeur - n'était pas énoncée par l'article 23 de la loi sur la presse. Il a néanmoins été condamné car « *il appartient aux juges du fond de relever toutes les circonstances extrinsèques qui donnent une portée injurieuse ou diffamatoire à des propos, même si ceux-ci ne présentent pas par eux-mêmes ce caractère, et qui sont de nature à révéler leur véritable sens* »²¹³⁴. Cette limite est celle qui existe également à propos des œuvres littéraires, les « fictions prétextes » sont condamnables, et ne peuvent plus bénéficier de la liberté accrue dont jouit la création artistique.

440. La liberté des journaux satiriques. Dans le même sens, il semble que le support de la publication soit pris en compte²¹³⁵. Ainsi, un journal satirique, connu pour son style outrancier, bénéficie d'une plus grande liberté de création, ce qu'il publie ne pouvant être pris au sérieux²¹³⁶. Elle n'est cependant pas sans limites, la dignité peut en effet limiter la liberté

²¹³² TGI Paris, 17^e ch. corr., 9 janvier 1992, « Le Pen c/ Bedos », comm. Ph. BLIGER, note, *gazette du palais*, 1992, 1, p.182 ; Ch. BIGOT, « Conditions de la bonne foi de l'humoriste poursuivi pour diffamation », *Dalloz*, 1994, p. 195

²¹³³ CA Paris, pôle 2, ch. 7, 17 mars 2011, Ministère public c/ D. Mbala Mbala ; com. 283-15 « Confirmation en appel de la condamnation d'un humoriste pour injures à caractère raciste », *Légipresse*, n°283, mai 2011, p.274

²¹³⁴ Cass. crim. 16 octobre 2012, *Légipresse*, n° 300, n°300-10

²¹³⁵ A. CAPITANI, M. MORITZ, « La liberté de caricature et ses limites en matière religieuse », *RLDI*, n°14, mars 2006, étude 426, p. 75 et suiv., spéc. p. 78

²¹³⁶ Voir par exemple, à propos de TGI Paris, ord. Réf., 26 novembre 1977, *JCP G* 1978, II, 18924 : « *les écrits et dessins incriminés, qui seraient intolérables s'ils émanaient d'un journal investi d'une mission normale d'information, ne peuvent être pris au sérieux par les lecteurs qui connaissent le style outrancier de l'hebdomadaire « Charlie Hebdo », caractérisé par la satire grinçante et un goût douteux* » ; cass. 2^e civ., 8 mars 2001, comm. E. DERIEUX, « Répression et réparation des abus de la liberté d'expression », *Les petites affiches*, 17 mai 2001, n°99, p. 21 ; P. GUERDER et Ph. CHEMITHE, note, *Gazette du palais*, 19 juin 2001, n°170, p. 17 ; E. PUTMAN, « Les abus de la liberté d'expression ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du code civil », *RJPF*, juin 2001, n°6, p.14 : il s'agissait d'un journal satirique, et les juges ont souligné que la « *grande liberté* » de la parodie n'a « *pas pour finalité de susciter un état d'esprit de nature à provoquer la discrimination, la haine ou la violence* » ; TGI Paris, 17^e ch. civ., 6 avril 2011, « Large

d'expression garantie par l'article 10 de la CEDH²¹³⁷. Elle peut également être limitée par la dignité humaine²¹³⁸. Ces caricatures ne peuvent, de plus, pas être sanctionnées sur le fondement de l'article 1382 du code civil lorsque l'abus de la liberté d'expression, qu'elles sont susceptibles de constituer, est prévu et réprimé par la loi du 29 juillet 1881²¹³⁹. La loi de 1881 sur la presse prévoit en effet des sanctions à la provocation aux infractions telles que l'injure ou la diffamation, notamment à la discrimination « *à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* »²¹⁴⁰.

441. Le rejet du droit commun lorsque la loi sur la presse est applicable. La diffamation est prévue par la loi sur la presse, qui seule peut limiter la liberté d'expression. L'application restrictive de la loi sur la presse protège les auteurs²¹⁴¹, dans la mesure où l'article 1382 du code civil ne peut être appliqué lorsque cette loi prévoit les abus de la liberté d'expression constatés²¹⁴². On constate que la victime fonde souvent son action sur des textes du droit commun, espérant ainsi échapper aux « chausse-trapes » de la loi de 1881 sur la presse²¹⁴³.

La liberté de création est peu mise en cause lorsqu'il s'agit de liberté des auteurs de presse. En effet, elle se confond alors avec la liberté d'expression. Elle garantit la possibilité d'exprimer

appréciation des critères de la bonne foi pour la publication de propos contenus dans un article satirique », *Légipresse*, n°283, mai 2011, act. jurispr., p.269, n°283-02 : les propos tenus ne peuvent être condamnés malgré les accusations proférées, « *le genre satirique n'exigeant pas le sérieux habituel de l'enquête et autorisant une plus grande liberté de ton, les propos litigieux n'ont pas dépassé les limites admissibles de la liberté d'expression* ».

²¹³⁷ TGI Paris, 16 juillet 2010, n°10/57272, com. L. COSTES, « Nicolas Sarkozy obtient gain de cause contre un journal satirique », *RLDI*, n°63, août-septembre 2010, act. p.61, n°2081 : à propos de photomontages publiés dans un journal satirique.

²¹³⁸ TGI Paris, 17e ch., 11 janv. 1996, et 21 mars 1997, inédits, cités par Ch. BIGOT, « Condamnation de l'émission télévisée « les guignols de l'info » sur le fondement de l'article 1382 du Code civil », *JCP G*, 1998, II, 10010 : le Tribunal de Paris a posé pour principe que « *s'il est exact que le contexte d'une publication humoristique conduit, en règle générale, à une appréciation bienveillante des principes qui gouvernent la liberté d'expression, ce ne peut être que dans les limites du respect de la personne humaine et de sa dignité la plus élémentaire* ». Ainsi, un hebdomadaire satirique a été condamné pour avoir qualifié une candidate d'extrême droite aux élections de « chienne de Buchenwald ».

²¹³⁹ cass. 2^e civ., 8 mars 2001, comm. E. DERIEUX, « Répression et réparation des abus de la liberté d'expression », *Les petites affiches*, 17 mai 2001, n°99, p. 21 ; P. GUERDER et Ph. CHEMITHE, note, *Gazette du palais*, 19 juin 2001, n°170, p. 17 ; E. PUTMAN, « Les abus de la liberté d'expression ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du code civil », *RJPF*, juin 2001, n°6, p.14

²¹⁴⁰ Article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse. Voir également N. MALLET-POUJOL, « De la liberté de la caricature », *Légipresse* n°229, mars 2006, I, actualité, tribune p. 38

²¹⁴¹ C'est surtout les conditions restrictives d'application qui en font une loi favorisant la liberté d'expression et de création. Les particularités de procédure étant protectrices de la presse : E. DERIEUX, « La loi du 15 juin 2000 et le droit de la communication », *Les petites affiches*, 18 juillet 2000 n° 142, p. 16

²¹⁴² Voir cass. ass. plén. 12 juillet 2000, en particulier : Consorts Erulin, pourvoi n° T 98-10.160 et Consorts Collard, pourvoi n° Z 98-11.155

²¹⁴³ Cette expression a néanmoins été contestée par Ch. BIGOT, « La procédure en matière de presse en proie aux contradictions », *Dalloz* 2011, p. 1467



son avis sur les faits d'actualité, en l'occurrence les affaires judiciaires en cours. E. DERIEUX écrit d'ailleurs que « *la liberté d'expression et ses nécessaires limites ne peuvent être distinguées des droits intellectuels. Ceux-ci sont indissociablement liés les uns aux autres, dans une relation de cause à effets et de garanties réciproques* »²¹⁴⁴.

Les libertés de création et d'expression sont désormais également favorisées lorsque le sujet abordé est un sujet d'intérêt général.

442. La position de la Cour EDH : la liberté prévaut lorsqu'il s'agit d'un sujet d'intérêt général. La liberté d'expression des journalistes est également garantie par l'article 10 de la CEDH. La diffamation, sanctionnée par la loi sur la presse, et donc par des dispositions pénales est moins admise, de par l'influence de la Cour européenne. Les juges internes, sur le fondement de la liberté d'expression, valident ce qui était avant considéré comme diffamatoire au sens de la loi sur la presse. Ainsi, la chaîne Canal + a diffusé un documentaire sur l'affaire Clearstream. La société en cause estimant que certains passages du film « *portaient atteinte à son honneur et à sa considération* », a assigné l'auteur, le directeur de la publication de la chaîne et la société Canal + sur le fondement de la loi sur la presse. La cour d'appel a estimé que le but poursuivi était légitime et qu'aucune animosité personnelle à l'égard de cette société n'était démontrée. En revanche, elle a considéré que l'interprétation des résultats de l'enquête était hasardeuse et donc diffamatoire. La cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel, au visa de l'article 10 de la CEDH et de l'article 29 de la loi sur la presse. Elle a estimé que « *l'intérêt général du sujet traité et le sérieux constaté de l'enquête, conduite par un journaliste d'investigation, autorisaient les propos et les imputations litigieux* »²¹⁴⁵. Il semble que le sérieux de l'enquête sur un sujet d'intérêt général, ainsi que la bonne foi de l'auteur permettent, comme c'est le cas pour les historiens, de garantir les libertés d'expression et de création des auteurs de documentaires. Cette solution visant à une plus grande liberté des auteurs de documentaires ou d'articles de presse était déjà celle des arrêts rendus par la chambre criminelle de la cour de cassation²¹⁴⁶. Si la notion de bonne foi était

²¹⁴⁴ E. DERIEUX, « Référé, liberté des médias et droit moral », *Légipresse*, n°232, juin 2006, II, chron. p. 73 et suiv.

²¹⁴⁵ Cass. 1^{re} civ., 3 février 2011, comm. H. LECLERC, « Du sérieux de l'enquête et de la prudence de l'expression dans les sujets d'intérêt général », *Légipresse*, n°282, avril 2011, III, p. 226 ; A. LEPAGE, « Précisions sur la bonne foi et l'exception de vérité », *comm. comm. électr.* n°5, mai 2011, comm. 46 ; Ph. PIOT, note, « Du « chien de garde » de la démocratie et de ses aboiements », in « Droit de la presse », *Gazette du palais*, 16 juin 2011, n°167, p. 12 et suiv.

²¹⁴⁶ H. LECLERC, note sous cass. 1^{re} civ., 3 février 2011, « Du sérieux de l'enquête et de la prudence de l'expression dans les sujets d'intérêt général », *Légipresse*, n°282, avril 2011, III, p. 226 ; A. LEPAGE, « Précisions sur la bonne foi et l'exception de vérité », *comm. comm. électr.* n°5, mai 2011, comm. 46 ; Ph. PIOT, note, « Du « chien de garde » de la démocratie et de ses aboiements », in « Droit de la presse », *Gazette*

utilisée depuis longtemps, il semble que le sens de celle-ci ne soit plus le même. La bonne foi consistait en la légitimité du but poursuivi, l'absence d'animosité personnelle, le sérieux de l'enquête, la prudence, la sincérité et la proportionnalité dans l'expression²¹⁴⁷. Il apparaîtrait que la prudence et la proportionnalité dans l'expression ne sont plus requises lorsque le sujet est d'intérêt général, permettant, conformément à la jurisprudence européenne « *une certaine dose d'exagération ou même de provocation* »²¹⁴⁸. Ces questions d'intérêt général représentent toutes celles susceptibles d'intéresser l'opinion publique.

Il se pourrait que la liberté d'expression et de création s'étende sous l'influence du droit européen. En effet, l'article 10 de la CEDH justifie un assouplissement des conditions de la bonne foi²¹⁴⁹. La chambre criminelle de la cour de cassation a affirmé que « *l'interdiction de rapporter la preuve de la vérité des faits diffamatoires lorsque l'imputation se réfère à des*

du palais, 16 juin 2011, n°167, p. 12 et suiv.. Cass. crim. 11 mars 2008, bull. crim. n°208, B. ADER, « Bonne foi : la chambre criminelle à l'heure de la jurisprudence européenne sur les questions d'intérêt général », *Légipresse*, juillet 2008, n°253, III, p. 130 ; J. LAPOUSTERLE, « Diffamation et liberté d'expression : sujet d'intérêt général », *Dalloz*, 2008, p. 2256. Cass. crim. 12 mai 2009, n° 08-85.732 : JurisData n° 2009-048546 ; bull. crim., n°88 ; B. BEIGNIER, E. DREYER, B. DE LAMY, N. TAVIEAUX-MORO, E. TRICOIRE, « Droit de la presse et des médias », *JCP G*, n°46, 9 novembre 2009, spéc. B. DE LAMY, « 6. Diffamation et débat d'intérêt général », p. 441 ; B. ADER, « L' « intérêt général », fait justificatif primordial de la bonne foi du diffamateur », *Légipresse* n° 266, novembre 2009, III, p. 225 et suiv. ; A. LEPAGE, « Le fait justificatif tiré du sujet d'intérêt général continue de creuser son sillon », *comm. comm. électr.*, n°9, septembre 2009, comm. 82 ; M. VERON, « Critique de l'action d'un magistrat », *Droit pénal*, n°10, octobre 2009, comm. 120 ; E. AGOSTINI, « Diffamation : la cassation devance l'appel », *Dalloz* 2009, p. 2316 (l'auteur est absolument contre l'arrêt et le fait que le retentissement de l'affaire permette de considérer que le journaliste est de bonne foi pour des propos diffamatoires, alors que normalement la présomption simple est la mauvaise foi, qu'il est possible de contredire par la preuve du contraire). Voir également : cass. crim., 11 mars 2008, n° 06-84.712 : Bull. crim. 2008, n° 59 ; E. DREYER, « Bonne foi du diffamateur : vers une nouvelle voie », in B. DE BEIGNIER, B. DE LAMY, E. DREYER, N. DE TAVIEAUX-MORO, « Droit de la presse et des médias », *JCP G* 2008, I, 209, n° 3. Cass. 1^{re} civ., 24 octobre 2006 : Bull. civ. 2006, I, n° 437 ; A. LEPAGE, « Franc-maçonnerie, vie privée et information du public », *Légipresse* mai 2007, III, n° 241, p. 89 ; L. MARINO, in A. LEPAGE, L. MARINO, Ch. BIGOT, « Droits de la personnalité », *Dalloz* 2007, somm. p. 2771 et suiv., spéc. p. 2776. Cass. 1^{re} civ., 29 nov. 2005 : *Gaz. pal.* 3/5décembre 2006, p. 9, note P. GUERDER. Limite de la justification : cass. crim. 26 mai 2010, n° 09-87.083, F-D : Juris-Data n° 2010-010592, comm. M. VERON, « Les limites de la justification par un débat d'intérêt général », *Droit pénal*, n°9, septembre 2010, comm. 92 : à propos d'un article sur l'affaire Elf et les décisions des juges : « *les propos en cause, même s'ils concernaient un sujet d'intérêt général relatif au traitement d'une affaire judiciaire ayant eu un retentissement national, étaient dépourvus de base factuelle suffisante et constituaient une attaque personnelle excédant les limites de la liberté d'expression* ». Voir également dans le même sens : cass. crim., 26 mai 2010, n° 09-87.631, F-D : Juris-Data n° 2010-010589.

²¹⁴⁷ Ces critères sont dégagés par le président MIMIN, sous cass. crim. 27 octobre 1938, DP 1939, I, 77 ; H. LECLERC, note sous cass. 1^{re} civ. 3 février 2011, « Du sérieux de l'enquête et de la prudence de l'expression dans les sujets d'intérêt général », *Légipresse*, n°282, avril 2011, III, p. 226 et suiv., p.228 ; A. LEPAGE, « Précisions sur la bonne foi et l'exception de vérité », *comm. comm. électr.* n°5, mai 2011, comm. 46 ; Ph. PIOT, note, « Du « chien de garde » de la démocratie et de ses aboiements », in « Droit de la presse », *Gazette du palais*, 16 juin 2011, n°167, p. 12 et suiv.

²¹⁴⁸ CEDH, Prager et Onerlick c/ Autriche ; Fressoz et Roire c/ France, 26 avril 1995, requête n° 15974/90, disponible sur : (consulté le 6 avril 2013) [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#{"languageisocode":\["FRA"\],"appno":\["15974/90"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-62481"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#{)

²¹⁴⁹ B. BEIGNIER, E. DREYER, B. DE LAMY, N. TAVIEAUX-MORO, E. TRICOIRE, « Droit de la presse et des médias », *JCP G*, n°46, 9 novembre 2009, spéc. B. DE LAMY, « 6. Diffamation et débat d'intérêt général », p. 441



*faits qui remontent à plus de dix ans (...) par son caractère général et absolu, (...) porte à la liberté d'expression une atteinte qui n'est pas proportionnée au but poursuivi »*²¹⁵⁰. Le conseil constitutionnel précise que le caractère général de l'interdiction porte atteinte à la liberté d'expression, alors que le débat d'intérêt général peut justifier d'apporter la preuve de propos présentés comme diffamatoires, en particulier dans le cas de « *travaux historiques ou scientifiques* »²¹⁵¹.

La diffamation est donc entendue restrictivement, à la fois par la loi sur la presse, mais aussi par les juges européens. Une autre disposition peut limiter les libertés d'expression et de création. Il s'agit de celle de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 réprimant la provocation et l'injure (b).

b) La provocation et l'injure

443. Une liberté de création retrouvée lorsqu'il s'agit d'une œuvre de fiction ?

L'article 24 de la loi sur la presse est l'une des dispositions visées dans les affaires concernant les romans « Rose bonbon » et « Il entrerait dans la légende ». L'application de cet article à des œuvres de fiction a été contestée, dans la mesure où il ne viserait que les propos devant être tenus pour l'opinion de leur auteur, et non pour les œuvres de fiction, « *sauf à porter gravement atteinte à la liberté de création* »²¹⁵².

Il semble que la nature fictionnelle de la création soit prise effectivement en compte par les juges, qui font alors prévaloir la liberté de création. Ainsi, par un jugement du 16 novembre 2006²¹⁵³, la 17^e chambre du TGI de Paris a rejeté les poursuites de provocation à la

²¹⁵⁰ Cass. crim. 15 mars 2011, n° 10-90129, conformément à la question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du cinquième alinéa de l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse : Décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011-131-qpc/decision-n-2011-131-qpc-du-20-mai-2011.97111.html?version=dossier_complet

²¹⁵¹ Décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011-131-qpc/decision-n-2011-131-qpc-du-20-mai-2011.97111.html?version=dossier_complet : n°6 ; F. FOURMENT, « Droit de la presse », *gazette du palais*, 16 juin 2011, n°167, p. 12, note sous cass. crim. 15 mars 2011, n° 10-90129 ; voir également à propos de faits historiques : cass. crim., 27 avril 2011, n°10-83771, obs. C. MICHALSKI, « Le débat d'intérêt général comme fait justificatif de la diffamation : un pas en avant ou deux pas de côté ? », in « Droit de la presse », *Gazette du palais*, 16 juin 2011, n°167, p. 12 et suiv. ; « L'article 35, alinéa 5, de la loi de 1881 jugé inconstitutionnel (exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans », *Légipresse*, n°284, juin 2011, jurispr. p. 332, n°284-03

²¹⁵² A. TRICOIRE, « Le droit français est paradoxal », in A. TRICOIRE (dir.) *La création est-elle libre ?*, éd. le bord de l'eau, 2003, p. 21

²¹⁵³ TGI Paris, 17^e ch., 16 novembre 2006, note A. TRICOIRE, « Quand la fiction exclut le délit », *Légipresse*, n°240, avril 2007, III, p. 72



discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes, en raison de leur origine, telle que prévu par la loi du 29 juillet 1881²¹⁵⁴.

Les juges ont rejeté les poursuites en affirmant la spécificité de la création artistique, la différenciant ainsi de la liberté d'expression « classique », qui porte sur un message. Si la liberté d'expression sert de fondement, une distinction est faite. Les juges ont en effet affirmé que « *ce principe conventionnel et constitutionnel de la liberté d'expression doit être d'autant plus largement apprécié qu'il porte sur une œuvre littéraire, la création artistique nécessitant une liberté accrue de l'auteur qui peut s'exprimer tant sur des thèmes consensuels que sur des sujets qui heurtent, choquent ou inquiètent ; que la liberté de l'écrivain ne saurait cependant être absolue* »²¹⁵⁵. De plus, si le type de création détermine l'ampleur de la liberté de création, la « valeur littéraire » ne doit pas être appréciée par le juge. Les juges ont donc uniquement recherché s'il s'agissait bien d'un roman. Ils se sont appuyés sur les critiques parues dans les journaux, et sur le caractère fictionnel du roman. Les propos en cause étaient condamnables, sauf s'ils étaient tenus dans le cadre d'une fiction. Pour la qualification des propos en cause, les juges ont recherché s'il s'agissait bien d'une œuvre de fiction : « *la notion même d'œuvre de fiction implique l'existence d'une distanciation, qui peut être irréductible, entre l'auteur et lui-même et les propos ou actions de ses personnages ; qu'une telle distance appréciée sous le prisme déformant de la fiction, est susceptible d'entraîner la disparition de l'élément matériel des délits ; Attendu qu'il en est ainsi en l'espèce, les passages litigieux ne permettant plus de caractériser des provocations et injures en raison de la nature romanesque de l'œuvre à*

²¹⁵⁴ Article 24 de la loi sur la presse de 1881 : « Seront punis de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article précédent, auront directement provoqué, dans le cas où cette provocation n'aurait pas été suivie d'effet, à commettre l'une des infractions suivantes :

1° Les atteintes volontaires à la vie, les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne et les agressions sexuelles, définies par le livre II du code pénal ;

2° Les vols, les extorsions et les destructions, dégradations et détériorations volontaires dangereuses pour les personnes, définies par le livre III du code pénal. (...) »

Seront punis de la même peine ceux qui, par l'un des moyens énoncés en l'article 23, auront fait l'apologie des crimes visés au premier alinéa, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou des crimes et délits de collaboration avec l'ennemi.

Seront punis des peines prévues par l'alinéa 1er ceux qui, par les mêmes moyens, auront provoqué directement aux actes de terrorisme prévus par le titre II du livre IV du code pénal, ou qui en auront fait l'apologie.

(...)

Ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article 23, auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, seront punis d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement.

Seront punis des peines prévues à l'alinéa précédent ceux qui, par ces mêmes moyens, auront provoqué à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap ou auront provoqué, à l'égard des mêmes personnes, aux discriminations prévues par les articles 225-2 et 432-7 du code pénal (...) ».

²¹⁵⁵ TGI Paris, 17^e ch., 16 novembre 2006, note A. TRICOIRE, « Quand la fiction exclut le délit », *Légipresse*, n°240, avril 2007, III, p. 72



laquelle ils sont intégrés, mais également compte tenu de la portée que l'auteur leur a conférée, puisqu'il s'est abstenu de toute dimension apologique dans la réalisation de son projet de description et d'exploration des formes du Mal ». Le roman n'est de plus pas « exclusivement pornographique »²¹⁵⁶. La liberté de création a prévalu, malgré l'existence d'infractions *a priori* condamnables s'il s'était agi d'exprimer son opinion, car il s'agissait d'une création artistique, de fiction. Cette distinction entre création artistique et œuvre ayant un but informatif est favorable à la liberté de création, qui ne peut être la même pour toutes les créations. La création artistique, de par son caractère fictif en particulier, doit pouvoir bénéficier d'une liberté accrue.

La liberté de création ne peut non plus porter atteinte à la présomption d'innocence (2).

2. Le respect de la présomption d'innocence

444. La présomption d'innocence peut justifier la suspension à la parution de l'ouvrage²¹⁵⁷. Les livres dont il s'agit traitent notamment d'affaires judiciaires en cours. La présomption d'innocence peut également prévaloir sur la liberté de création de films, avant leur diffusion.

L'atteinte à la présomption d'innocence peut être arrêtée par le juge des référés. La liberté de création n'est alors limitée que « *si le péril est suffisamment constitué et manifeste* »²¹⁵⁸. Ainsi, certaines personnes ayant été filmées lors de perquisitions, pour un reportage sur le trafic d'armes et craignant d'être identifiées ont pu faire prévaloir la présomption d'innocence sur la liberté de création. Le juge des référés a ordonné à la société de programmes de télévision de communiquer à l'avance l'enregistrement du reportage aux personnes intéressées. La cour d'appel a imposé que ce visionnage soit effectué devant la cour. Les intérêts des personnes filmées a prévalu. Il ne s'agissait pas de fiction en l'espèce, justifiant dès lors une telle limite à la liberté de création.

²¹⁵⁶ *Ibid.*

²¹⁵⁷ E. PIERRAT, *Antimanuel de droit*, éd. Bréal, 2007, ch. 6 : « La censure et ses nouveaux masques », p. 351 et suiv., spé. p. 356 : il cite notamment l'Ordonnance du TGI Paris du 18 juin 2003, à propos du livre d'Eva Joly. Une ordonnance a suspendu le livre « L'affaire Flactif, enquête sur la tuerie du Grand-Bornand », par Christine Kelly. La suspension a ensuite été levée par la Cour d'appel de Paris qui a estimé que « *Pour critiquable que soit la parution de ce livre, le juge des référés (...) n'a pas le pouvoir d'ordonner la suspension de sa parution, les atteintes à la présomption d'innocence n'étant pas caractérisées* ». Voir également E. DERIEUX, obs. sous TGI Paris, réf., 3 octobre 2003, CA Paris, 14^e ch., A, 7 octobre 2003, « Publication d'un livre dans un contexte chargé d'émotion et de publicité des faits : rappel nécessaire du principe de la présomption d'innocence », *Légipresse*, 1^{er} novembre 2003, n° 206, III, p. 165

²¹⁵⁸ CA Paris, 2 février 2006, *Légipresse*, avril 2006, n° 230-23, p. 52 et *Légipresse* juin 2006, n° 232, III, p. 125, cité par E. DERIEUX, « Référé, liberté des médias et droit moral », *Légipresse*, n°232, juin 2006, II, chron. p. 73 et suiv., spéc. p. 74



L'apologie et le révisionnisme peuvent également limiter la liberté de création (3).

3. Le respect de faits historiques

445. Généralement les faits historiques ne doivent pas être occultés, même sous couvert de création artistique (a). L'apologie et le révisionnisme en particulier limitent la liberté de création (b).

a) Généralités

446. La remise en cause de faits historiques qualifiée d'apologie. La liberté de création peut être limitée pour des raisons d'ordre public. A ce titre, l'histoire, lorsqu'elle fait l'objet d'une œuvre, ne doit pas être remise en cause. La liberté du créateur est ainsi limitée afin de ne pas créer de trouble à l'ordre public²¹⁵⁹. Cela explique que les auteurs, les créateurs doivent faire preuve de prudence²¹⁶⁰.

447. L'historien. Il s'agit pour la doctrine de la liberté de la recherche²¹⁶¹. Le conseil constitutionnel et la cour européenne des droits de l'homme considèrent que la liberté des chercheurs se rattache à la liberté d'expression²¹⁶². La qualité du créateur est en effet prise en compte, la liberté de l'historien est restreinte.

Ainsi, la distinction opérée par les juges conduit, pour celui qui sera reconnu comme historien, à une responsabilité accrue. Ainsi, l'historien sera plus facilement sanctionné que le non historien. Il y a une méthode scientifique à respecter pour l'historien. Les juges français ont condamné Lehideux et Isorny, car en ne mentionnant pas la politique de collaboration menée par Pétain, ils ont fait une « *apologie implicite* ». Cependant, la cour européenne a

²¹⁵⁹ Par exemple, J.-F. RENUCCI, comm. de CEDH, 24 juin 2003, n°65831/01, « Les enseignements de l'affaire « Garaudy » », *Dalloz*, 2004, p. 987 ; J. FRANCILLON, comm. à propos de crim. 23 juin 2009, n° 08-82.521, bull. crim. n° 132, « Délit de presse. Contestation de l'existence de crimes contre l'humanité », *revue de science criminelle*, 2010, p. 170 et suiv.

²¹⁶⁰ Le « *devoir élémentaire de prudence* » de l'historien a été évoqué (notamment) lors de l'affaire Faurisson par le TGI Paris, 8 juillet 1981, LICRA contre FAURISSON, reproduit dans B. EDELMAN, note sous TGI Paris, 8 juillet 1981, « Histoire et responsabilité », *Dalloz*, 1982, jurisprudence, p. 59 ; également in B. EDELMAN, « 10. Histoire et responsabilité », in *La personne en danger*, PUF, 1999, p. 163 et suiv.

²¹⁶¹ B. MATHIEU, « La liberté de la recherche, droit fondamental constitutionnel et international », in LM.-A. HERMITTE (sous la dir.), *La liberté de la recherche et ses limites : approches juridiques*, éd. Romillet, 2001, p. 57 et suiv.

²¹⁶² Conseil constitutionnel, décision 94-343 DC du 29 juillet 1994 ; CEDH, *Chauvy et autres contre France*, requête n° 64915/01 (29 juin 2004) ; Com EDH *Pierre Marais contre France*, req. n° 31159/96 (24 juin 1996) : « La Commission rappelle que, contrairement à l'affirmation du requérant selon lequel l'article 10 par. 2 (art. 10-2) de la Convention ne s'appliquerait pas à la « *recherche scientifique* », à supposer qu'il s'agisse en l'espèce d'une publication « *scientifique* », le paragraphe 2 de l'article 10 (art. 10-2) ne distingue pas selon la nature de l'expression en cause ». Voir B. MATHIEU, « La liberté d'expression en France : de la protection constitutionnelle aux menaces législatives », *revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, janvier 2007, n° 1, p. 231



considéré que condamner de telles omissions consistait en une atteinte à la liberté d'expression²¹⁶³.

448. L'occultation de faits historiques condamnable lorsqu'il s'agit d'un travail d'historien. Les tribunaux ne peuvent cependant pas apprécier la réalité historique des faits²¹⁶⁴. En revanche, si l'œuvre occulte certains faits historiques sciemment, l'auteur est fautif. Ce sont donc les abus qui sont sanctionnés, dans la mesure où ils sont susceptibles de remettre en cause des faits historiques.

La liberté de création semble plus importante désormais. En effet, l'intention de l'auteur n'était, semble-t-il, pas prise en compte. Ainsi, la cour d'appel de Poitiers avait considéré que le fait de ne pas citer volontairement l'œuvre et le nom de Branly pour un historien retraçant l'histoire de la télégraphie sans fil, sans mauvaise foi, n'était pas condamnable²¹⁶⁵. Elle avait été cependant sanctionnée par la cour de cassation, pour laquelle « *l'abstention même non dictée par la malice et l'intention de nuire, engage la responsabilité de son auteur lorsque le fait omis devait être accompli soit en vertu d'une obligation légale, réglementaire ou conventionnelle, soit aussi, dans l'ordre professionnel, s'il s'agit d'un historien, en vertu des exigences d'une information objective* »²¹⁶⁶.

449. L'obligation de prudence et de neutralité intellectuelle de l'historien. Il existe des devoirs de prudence et d'objectivité qui s'imposent à l'historien²¹⁶⁷. Dans un ouvrage relatant ses activités d'ancien résistant entre 1940 et 1945, un historien fait référence à une condamnation ayant eu lieu en 1945. La prudence et l'objectivité lui imposent de mentionner, dans son livre, la mesure de grâce dont a bénéficié la personne condamnée, dès 1947.

²¹⁶³ Voir par exemple, en droit européen : CEDH Lehideux et Isorni contre France 23 septembre 1998

²¹⁶⁴ B. EDELMAN souligne que le tribunal se borne à examiner la faute « *au regard de la méthode employée par* » l'historien et non si le fait de nier l'existence des chambres à gaz constituait une faute *in* B. EDELMAN, note sous TGI Paris, 8 juillet 1981, « Histoire et responsabilité », *Dalloz*, 1982, jurisprudence, p. 59 ; également *in* B. EDELMAN, « 10. Histoire et responsabilité », *in La personne en danger*, PUF, 1999, p. 163 et suiv. ; T. HOCHMANN, « Les limites à la liberté de l'« historien » en France et en Allemagne », *Droit et société*, 2008/2-3, n° 69-70, p. 527 et suiv., n°42-44 ; cite comme exemple : T. Corr., Paris, 27 juin 1986, cité dans l'arrêt de la CEDH Lehideux et Isorni contre France 23 septembre 1998 ; T. corr. Paris, 2 avril 1998 ;

²¹⁶⁵ CA Poitiers, 2 février 1943, *Dalloz*, recueil critique 1944, p. 44, note H. DESBOIS ; H. et L. MAZEAUD, *RTD civ*, 1943, p. 111, n° 5 ; cité par B. EDELMAN, note sous TGI Paris, 8 juillet 1981, « Histoire et responsabilité », *Dalloz*, 1982, jurisprudence, p. 59 ; également *in* B. EDELMAN, « 10. Histoire et responsabilité », *in La personne en danger*, PUF, 1999, p. 163 et suiv., (176)

²¹⁶⁶ Cass. 1^{re} civ., 27 février 1951, *dalloz* 1951, juris. p. 329, note H. DESBOIS ; *JCP* 1951, II, 6193, obs. J. MIHURA, J. CARONNIER, « Le silence et la gloire », *dalloz*, 1951, chron. p. 119 ; cité par B. EDELMAN, note sous TGI Paris, 8 juillet 1981, « Histoire et responsabilité », *Dalloz*, 1982, jurisprudence, p. 59 ; également *in* B. EDELMAN, « 10. Histoire et responsabilité », *in La personne en danger*, PUF, 1999, p. 163 et suiv., (176)

²¹⁶⁷ Cass 1^{re} civ., 20 novembre 1990, comm. J. RAVANAS, « VIE PRIVÉE », *JCP G* 1992, n°40, II, 21908



D'autant que cette même personne avait vu sa condamnation effacée par la réhabilitation intervenue par application de l'article 26 de la loi du 5 janvier 1951²¹⁶⁸.

Les juges déterminent également ce qui est acceptable ou non²¹⁶⁹. Les juges recherchent donc, non pas la réalité historique, mais une faute dans la méthode.

L'historien²¹⁷⁰ est donc en principe libre²¹⁷¹, mais doit respecter une obligation de prudence et de neutralité intellectuelle²¹⁷². Les juges évaluent si l'auteur relatant des faits historiques a été « *prudent, avisé et conscient des devoirs d'objectivité qui lui incombent* »²¹⁷³. Il est libre mais responsable²¹⁷⁴. Il ne doit pas non plus dénaturer ou falsifier l'histoire²¹⁷⁵.

450. Le rôle de la bonne foi. Les juges n'ont pas à rechercher si l'auteur était ou non de mauvaise foi²¹⁷⁶. La bonne foi n'est pas déterminante, mais on ne peut pas non plus reprocher à un historien de taire des éléments dont il ne pouvait avoir connaissance. Le tribunal ne peut juger l'histoire pour des « *raisons strictement procédurales* »²¹⁷⁷.

On ne peut cependant lui reprocher d'ignorer certains faits, non publiés. Ainsi, un auteur ayant rappelé qu'une personne a été collaboratrice pendant la seconde guerre mondiale dans sa thèse n'est pas condamnable si elle est de bonne foi. Elle ajoutait que ce dernier a été condamné à mort et exécuté. Cependant, cela n'avait pas été le cas, dans la mesure où il a été

²¹⁶⁸ Loi n° 51-18 du 5 janvier 1951 portant amnistie, instituant un régime de libération anticipée, limitant les effets de la dégradation nationale et réprimant les activités antinationales. Article 26 : « *Sont considérés, au regard de l'article 30 de la loi du 29 juillet 1881, comme faisant partie des armées de terre ou de mer, les mouvements et réseaux reconnus de résistance* ».

²¹⁶⁹ Voir choquant : R. LINDON, note sous TGI Paris, 15 juin 1970, *JCP* 1970, II, 16550. L'appréciation par les juges du caractère choquant de séquences de film relatant un fait historique a été critiquée par le premier avocat général Lindon. En effet, il semble que cette appréciation, limitant les libertés de création et d'expression des auteurs, ne doivent pas être appréciées par les juges. Cela est, semble-il, une appréciation subjective de la qualité de l'œuvre, qui ne devrait pas exister.

²¹⁷⁰ Les tribunaux ont une définition large de l'historien, dans la mesure où ce qui fait que l'auteur est considéré comme un historien, c'est « *l'apparence scientifique de son travail* » : T. HOCHMANN, « Les limites à la liberté de l'« historien » en France et en Allemagne », *Droit et société*, 2008/2-3, n° 69-70, p. 527 et suiv., n° 7

²¹⁷¹ TGI Paris 1^{er} ch., section 1, 21 juin 1995, forum des associations arméniennes de France/Bernard LEWIS

²¹⁷² B. MATHIEU, « La liberté d'expression en France : de la protection constitutionnelle aux menaces législatives », *revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, janvier 2007, n° 1, p. 231

²¹⁷³ B. EDELMAN, note sous TGI Paris, 8 juillet 1981, « Histoire et responsabilité », *Dalloz*, 1982, jurisprudence, p. 59 ; également in B. EDELMAN, « 10. Histoire et responsabilité », in *La personne en danger*, PUF, 1999, p. 163 et suiv., (176) il cite : cass. civ. 27 février 1951, bull. civ., n°77, p. 62 ; H. DESBOIS, *Dalloz* 1951, jurispr. p. 329 ; J. MILHURA, *JCP*, 1951, II, 6193 ; J. CARONNIER, « Le silence et la gloire », *Dalloz*, 1951, chronique p. 119.

²¹⁷⁴ TGI Paris 1^{er} ch., section 1, 21 juin 1995

²¹⁷⁵ TGI Paris 1^{er} ch., section 1, 21 juin 1995 : dans cette affaire, le génocide des arméniens a été une thèse soutenue par des organismes internationaux, et pour le tribunal, l'historien ne pouvait pas la passer sous silence.

²¹⁷⁶ cass. civ. 27 février 1951, *op. cit.*

²¹⁷⁷ B. EDELMAN, note sous TGI Paris, 8 juillet 1981, « Histoire et responsabilité », *Dalloz*, 1982, jurisprudence, p. 59 ; également in B. EDELMAN, « 10. Histoire et responsabilité », in *La personne en danger*, PUF, 1999, p. 163 et suiv., (170)



amnistié. Les juges ont estimé que l'auteur ne pouvait pas le savoir, cette mesure n'ayant pas été publiée. Ils ont donc retenu qu'elle était de bonne foi²¹⁷⁸.

L'apologie et le révisionnisme sont plus particulièrement sanctionnés (b).

b) L'apologie et le révisionnisme

451. L'apologie sanctionnée par l'article 24 de la loi sur la presse. Lorsque la loi sur la presse est applicable, la liberté de création est limitée par l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881²¹⁷⁹, qui a été ajouté en 1951. Ce texte permet de sanctionner les propos qui font l'apologie notamment « *des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou des crimes et délits de collaboration avec l'ennemi* »²¹⁸⁰. Par cet article, la liberté d'expression ne permet pas de « *justifier des actes contraires à la dignité humaine universellement réprouvés, ni de glorifier l'auteur de tels actes* »²¹⁸¹.

452. L'affaire Garaudy. Par un jugement rendu par le tribunal de grande instance de Paris, le 8 juillet 1981²¹⁸², les juges ont estimé que la contestation, dans plusieurs écrits, du

²¹⁷⁸ CA Paris, 11^e ch. Corr., 3 novembre 1965, *GP* 1966, 1, p.220

²¹⁷⁹ Article 24 de la loi sur la presse :

« Seront punis de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article précédent, auront directement provoqué, dans le cas où cette provocation n'aurait pas été suivie d'effet, à commettre l'une des infractions suivantes :

1° Les atteintes volontaires à la vie, les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne et les agressions sexuelles, définies par le livre II du code pénal ;

2° (...)

Seront punis de la même peine ceux qui, par l'un des moyens énoncés en l'article 23, auront fait l'apologie des crimes visés au premier alinéa, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou des crimes et délits de collaboration avec l'ennemi.

Seront punis des peines prévues par l'alinéa 1er ceux qui, par les mêmes moyens, auront provoqué directement aux actes de terrorisme prévus par le titre II du livre IV du code pénal, ou qui en auront fait l'apologie.

Tous cris ou chants séditieux proférés dans les lieux ou réunions publics seront punis de l'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe.

Ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article 23, auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, seront punis d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement.

Seront punis des peines prévues à l'alinéa précédent ceux qui, par ces mêmes moyens, auront provoqué à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap ou auront provoqué, à l'égard des mêmes personnes, aux discriminations prévues par les articles 225-2 et 432-7 du code pénal (...).

²¹⁸⁰ Article 24 de la loi sur la presse

²¹⁸¹ Cass. crim. 7 décembre 2004, « Condamnation pour apologie de la torture pendant la guerre d'Algérie », *Dalloz*, 2005, p.1341. La CEDH, (CEDH, 15 janv. 2009, Urban et a. c/ France, aff. 20985/05) a condamné la France pour l'atteinte à la liberté d'expression des éditeurs : « sanctionner un éditeur pour avoir aidé à la diffusion du témoignage d'un tiers sur des événements s'inscrivant dans l'histoire d'un pays entraverait gravement la contribution aux discussions de problèmes d'intérêt général et ne saurait se concevoir sans raisons particulièrement sérieuses ».

²¹⁸² B. EDELMAN, note sous TGI Paris, 8 juillet 1981, « Histoire et responsabilité », *Dalloz*, 1982, jurisprudence, p. 59 ; également in B. EDELMAN, « 10. Histoire et responsabilité », in *La personne en danger*, PUF, 1999, p. 163 et suiv.



« génocide des juifs, tout comme l'existence affirmée des chambres à gaz » a causé un préjudice moral. Pour le tribunal « si les droits de l'historien peuvent et doivent s'exercer librement, sans la caution et hors de toute surveillance des tribunaux, et si l'expression d'une opinion doit rester libre, l'historien ne saurait cependant échapper à la règle commune liant l'exercice légitime d'une liberté et l'acceptation éclairée d'une responsabilité ». De plus, il s'agit de l'histoire récente, ce qui « impose un devoir élémentaire de prudence »²¹⁸³. L'historien²¹⁸⁴ a manqué aux obligations de « prudence, de circonspection objective et de neutralité intellectuelle qui s'imposent au chercheur qu'il veut être »²¹⁸⁵. Cette affaire Garaudy a entraîné une réaction de la part du législateur. La loi Gayssot a eu pour objectif de combattre les thèses négationnistes²¹⁸⁶. Désormais l'article 24 bis de la loi sur la presse²¹⁸⁷ permet de sanctionner des auteurs révisionnistes.

Dans l'affaire Garaudy, le caractère systématique de la remise en cause de l'Holocauste a été pris en compte. Il lui a été reproché de banaliser les faits, de les péjorer, de disqualifier les institutions et les témoignages concernant le sujet, de contester le sens des mots²¹⁸⁸.... Cela constitue un délit de contestation de délit de crime contre l'humanité pour les juges. La liberté d'expression permet de critiquer les agissements politiques ou idéologiques de l'Etat d'Israël, ou encore de « procéder à un exposé objectif des thèses négationnistes »²¹⁸⁹. En l'espèce, les

²¹⁸³ Cela est contesté par B. EDELMAN, pour lequel la « responsabilité de l'historien est indivisible » : B. EDELMAN, note sous TGI Paris, 8 juillet 1981, « Histoire et responsabilité », *Dalloz*, 1982, jurisprudence, p. 59 ; également in B. EDELMAN, « 10. Histoire et responsabilité », in *La personne en danger*, PUF, 1999, p. 163 et suiv. spéc. p. 173

²¹⁸⁴ B. EDELMAN, note sous TGI Paris, 8 juillet 1981, « Histoire et responsabilité », *Dalloz*, 1982, jurisprudence, p. 59 ; également in B. EDELMAN, « 10. Histoire et responsabilité », in *La personne en danger*, PUF, 1999, p. 163 et suiv. : Compris comme celui qui « s'engage dans une controverse historique » pour le tribunal.

²¹⁸⁵ TGI Paris, 8 juillet 1981, B. EDELMAN, note sous TGI Paris, 8 juillet 1981, « Histoire et responsabilité », *Dalloz*, 1982, jurisprudence, p. 59 ; également in B. EDELMAN, « 10. Histoire et responsabilité », in *La personne en danger*, PUF, 1999, p. 163 et suiv.

²¹⁸⁶ Article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881, créé par la loi n°90-615 du 13 juillet 1990 - art. 9 JORF 14 juillet 1990 : « Seront punis des peines prévues par le sixième alinéa de l'article 24 ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale. Le tribunal pourra en outre ordonner :

1° L'affichage de sa décision dans les conditions prévues par l'article 51 du code pénal ;

2° La publication de celle-ci ou l'insertion d'un communiqué dans les conditions prévues par l'article 51-1 du code pénal, sans que les frais de publication ou d'insertion puissent excéder le maximum de l'amende encourue ».

²¹⁸⁷ Article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881

²¹⁸⁸ Affaire Garaudy, 24 juin 2003, n° 65831/01, *Dalloz*, 2004, p. 239 ; comm. D. ROETS, « Epilogue européen dans l'affaire Garaudy : les droits de l'homme à l'épreuve du négationnisme », *Dalloz*, 2004, p. 239 ; J.-F. RENUCCI, « Les enseignements de l'affaire « Garaudy » », *Dalloz* 2004, p. 987

²¹⁸⁹ TGI Paris, 17^e ch., 7 mars 1997, cité par J. FRANCILLON, « Infractions de presse : délit de contestation de crime contre l'humanité », *Trib. corr. Paris*, 27 février 1998, *revue de science criminelle*, 1998, p. 576



juges ont cependant constaté que, contrairement à ce que le prévenu prétendait, il ne s'agissait pas d'un « *débat public et scientifique* » sur *l'évènement historique des chambres à gaz* »²¹⁹⁰. Le livre en cause était dès lors condamnable.

Il s'agit d'un trouble à l'ordre public.

En l'occurrence l'auteur avait publié son livre par le biais d'un éditeur hors commerce tout d'abord, puis à compte d'auteur l'année suivante. On peut considérer que la liberté de création est restreinte par le risque qui pèse sur l'auteur dont les écrits seraient susceptibles d'être perçue comme une œuvre négationniste, ce qui constitue une incitation à ne pas écrire de telles œuvres. Elle est également limitée dans la mesure où l'auteur ne peut diffuser son livre.

En l'espèce, les plaintes déposées, l'ont été sous les chefs de « *contestation de crimes contre l'humanité, de diffamation publique raciale et de provocation à la haine ou à la violence à raison de la race ou de la religion* »²¹⁹¹. A l'encontre de l'auteur et également à l'encontre de l'éditeur pour la première version. La condamnation de l'éditeur peut avoir une conséquence sur la liberté de création, celui-ci ne sera en effet pas enclin à publier des livres susceptibles de le faire condamner²¹⁹². Cependant, cette limite à la liberté de création est nécessaire, la liberté de l'auteur ne justifie pas le négationnisme.

453. Les faits historiques et la loi : la liberté de création limitée par des lois spécifiques. Si les juges ne doivent pas imposer leur réalité historique, et donc ne juger si les faits exposés sont exacts ou non, la loi tend de plus en plus à déterminer cette réalité historique²¹⁹³. Au nom de l'ordre public, ces limitations peuvent être posées par le législateur. Ainsi, les lois dites « mémorielles »²¹⁹⁴ donnent la réalité historique²¹⁹⁵. Ces lois ont été largement critiquées²¹⁹⁶, notamment en ce qu'elles violeraient la liberté d'expression et la

²¹⁹⁰ Affaire Garaudy, 24 juin 2003, n° 65831/01, *Dalloz*, 2004, p. 239 ; comm. D. ROETS, « Epilogue européen dans l'affaire Garaudy : les droits de l'homme à l'épreuve du négationnisme », *Dalloz*, 2004, p. 239 ; J.-F. RENUCCI, « Les enseignements de l'affaire « Garaudy » », *Dalloz* 2004, p. 987

²¹⁹¹ *Ibid.*

²¹⁹² Condamnations pénales : article 42 et suiv. de la loi du 29 juillet 1881

²¹⁹³ B. MATHIEU, « Les « lois mémorielles » ou la violation de la Constitution par consensus », *Dalloz*, 2006, p. 3001

²¹⁹⁴ Sont considérées comme des lois mémorielles : la loi n° 90-615 du 13 juillet 1990, JORF, 14 juillet 1990, n°162, p. 8333, qui tend à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe

²¹⁹⁵ B. MATHIEU, *op. cit.*, p. 3001

²¹⁹⁶ *Ibid.*; dans le sens contraire : E. KERVICHE, « La constitution, le chercheur et la mémoire », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, avril 2009, n°4, p. 1051



liberté de la recherche²¹⁹⁷. Parmi celles qui ont vu le jour, dans une loi du 23 février 2005, le législateur a reconnu le « *rôle positif de la colonisation* »²¹⁹⁸.

454. La remise en cause des lois mémorielles, le génocide arménien. La négation du génocide arménien ne pouvait être condamnée par le biais de l'article 24 *bis* de la loi du 29 juillet 1881 de la loi sur la presse²¹⁹⁹ dans la mesure où cet article ne s'applique qu'aux crimes contre l'humanité commis pendant la deuxième guerre mondiale²²⁰⁰. Il s'agit par exemple de l'affaire B. LEWIS à propos du génocide arménien. En l'espèce, un historien, répondant comme tel aux questions de journalistes a contesté le génocide et a banalisé les faits. L'article 1382 du code civil trouve à s'appliquer. En effet, s'il y a une faute, l'historien engage sa responsabilité²²⁰¹.

La loi « mémorielle » insérant dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse un article 24 *ter*²²⁰², a été déclarée inconstitutionnelle, dans la mesure où elle visait à « *réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi* »²²⁰³. Cette loi était dès lors attentatoire à l'exercice de la liberté d'expression et de communication²²⁰⁴. L'existence de ce

²¹⁹⁷ B. MATHIEU, « Les « lois mémorielles » ou la violation de la Constitution par consensus », *Dalloz*, 2006, p. 3001 : selon l'auteur, par ces lois, « *le législateur restreint drastiquement le champ de recherche des historiens, notamment dans des domaines complexes ou controversés comme la colonisation ou s'agissant d'un crime comme l'esclavage pour lequel la recherche des responsabilités appelle une analyse approfondie et sans a priori* ».

²¹⁹⁸ Article 4 de la loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés : « *Les programmes de recherche universitaire accordent à l'histoire de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord, la place qu'elle mérite. Les programmes scolaires reconnaissent en particulier le rôle positif de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord, et accordent à l'histoire et aux sacrifices des combattants de l'armée française issus de ces territoires la place éminente à laquelle ils ont droit. La coopération permettant la mise en relation des sources orales et écrites disponibles en France et à l'étranger est encouragée* ».

²¹⁹⁹ Article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881

²²⁰⁰ TGI Paris 1^{er} ch., section 1, 21 juin 1995, forum des associations arméniennes de France/Bernard LEWIS

²²⁰¹ Cet article ne trouve pas à s'appliquer lorsque la loi sur la presse est applicable. : Cass. ass. plén. 12 juillet 2000, comm. P. JOURDAIN, « Responsabilité civile en matière de presse », *Dalloz*, 2000, somm. p. 463 ; C. VIVANT, *L'historien saisi par le droit*, Paris, Dalloz, 2007 ; dans ce sens : voir notamment Cass. 1^{re} civ., 11 févr. 2010, n° 08-22.111, F-D, SCI CI c/ D. : JurisData n° 2010-051555, comm. A. LEPAGE, « Loi du 29 juillet 1881 », *comm. comm. électr.* n°4, avril 2010, comm. 38

²²⁰² L'article 24 ter proposé : « *Les peines prévues à l'article 24 bis sont applicables à ceux qui ont contesté ou minimisé de façon outrancière, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide défini à l'article 211-1 du code pénal et reconnus comme tels par la loi française. Le tribunal peut en outre ordonner l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, dans les conditions prévues à l'article 131-35 du code pénal* ».

²²⁰³ Décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012, article 1, consultable sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2012/2012-647-dc/decision-n-2012-647-dc-du-28-fevrier-2012.104949.html>

²²⁰⁴ Décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012, consultable sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2012/2012-647-dc/decision-n-2012-647-dc-du-28-fevrier-2012.104949.html>. Voir W. MASTOR, J. G. SORBARA, « Réflexions sur le rôle du



type de loi ne devrait alors pas avoir pour effet d'empêcher tout débat dans l'intérêt général, sauf abus.

Plus récemment, ce sont les juges qui ont contesté la portée normative attachée à la loi du 21 mai 2001, tendant à reconnaître la traite de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité²²⁰⁵, au motif que cette disposition législative a « *pour seul objet de reconnaître une infraction de cette nature* » et « *ne saurait... caractériser l'un des éléments constitutifs du délit d'apologie* »²²⁰⁶. Cette affaire, touchant spécifiquement la liberté d'expression, illustre la remise en cause de ces lois, dont le contenu serait purement « *symbolique* » n'auraient pas de force normative²²⁰⁷. La solution retenue pose problème puisqu'il n'appartient pas aux juges de décider de l'opportunité de reconnaître la qualification de crime contre l'humanité à l'esclavage²²⁰⁸.

455. La liberté de création protégée par la Cour EDH, recours à la notion de « débat d'intérêt général ». Ces lois « mémorielles » iraient même à l'encontre de la position de la Cour européenne des droits de l'homme. La cour privilégie en effet les libertés d'expression et de création afin de permettre « un débat d'intérêt général » dans la mesure où « *cela participe des efforts que tout pays est appelé à fournir pour débattre ouvertement et sereinement de sa propre histoire* »²²⁰⁹. Les juges de la Cour EDH tendent donc à étendre la liberté de création pour des œuvres dans lesquelles l'aspect informatif prime, lorsqu'elles portent sur un sujet d'intérêt général.

456. Conclusion du chapitre. La limitation de la liberté de création par l'ordre public et les bonnes mœurs est incluse dans le code de propriété intellectuelle, pour les créations

Parlement à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel sur la contestation des génocides reconnus par la loi », *RFDA*, 2012, p. 507

²²⁰⁵ Loi n° 2001-434

²²⁰⁶ Cass. crim. 5 février 2013, n° 11-85909, com. par E. DREYER, « Peu importe ce que dit la loi : l'esclavage n'est pas un crime contre l'humanité », *légipresse* n° 303, mars 2013, p. 164 et suiv.

²²⁰⁷ E. DREYER, *op. cit.* p. 166

²²⁰⁸ *Ibid.*

²²⁰⁹ CEDH, 15 janvier 2009, Orban et a. c/ France, aff. 20985/05, comm. E. DERIEUX, « Nouvelle condamnation de la France pour atteinte à la liberté d'expression », *JCP G* 2009, II, 10040, p. 38 ; A. LEPAGE, « Violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme », *com. com. électr.*, n°5, mai 2009, comm. 49 ; P. AUVRET, « La sanction de l'apologie du terrorisme, restriction nécessaire à la liberté d'expression dans une société démocratique », *com. com. électr.* n°7, juillet 2009, étude 17 ; A. LEPAGE, « Violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme », *comm. com. électr.* mai 2009, comm. n° 49, p. 42 ; P. AUVRET, « Témoignage d'intérêt historique et apologie de crimes de guerre », *Légipresse* juin 2009, n° 262, III, p. 118 ; J. FRANCILLON, « Les délits d'apologie de crimes de guerre et d'apologie du terrorisme à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue de Science Criminelle* 2009, p. 124 ; L. FRANCOIS, « Epilogue européen dans l'affaire de la publication des mémoires du Général Aussaresses : la liberté d'expression à l'épreuve de l'apologie de crimes de guerre », *RLDI*, juillet 2009, n°51, act. p. 32 et suiv. (p. 34)



industrielles. Ainsi, le droit des brevets ne protège pas les inventions dont l'exploitation serait contraire à la dignité humaine, l'ordre public ou les bonnes mœurs. D'autres dispositions complètent cette disposition, plus spécifiques, afin de prendre en compte l'évolution de la création, dans les domaines de la biotechnologie ou des nanotechnologies. Il semble en effet que des mesures spécifiques soient nécessaires en raison des enjeux éthiques soulevés par la création, et la recherche conduisant à la création dans ces domaines. Les dessins et modèles, les obtentions végétales contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs ne sont pas non plus protégés. En droit des marques, s'y ajoutent les limites que constituent les interdictions légales, notamment dues aux fonctions de la marque. Cela s'explique par la confusion qui peut exister entre ces limites.

L'ordre public et les bonnes mœurs sont une limite externe à la propriété intellectuelle en matière d'œuvres de l'esprit. Les œuvres sont protégées par le droit d'auteur, mais leur diffusion, leur communication au public n'est pas autorisée. La liberté du créateur elle-même peut en être affectée. La limite posée par l'ordre public et les bonnes mœurs perdure sous certaines formes, en particulier celle de la protection des mineurs et de la dignité humaine. Il s'agit de la censure. Celle-ci a évolué au cours des époques. Elle résulte d'une multitude de textes, qu'ils limitent ou non spécifiquement les œuvres de l'esprit. Les tentatives d'extension des restrictions destinées à la protection des mineurs en particulier sont aujourd'hui particulièrement critiquées. La liberté de création n'est de plus pas la même selon les œuvres concernées. La protection par le droit d'auteur concerne des œuvres artistiques, des œuvres satiriques, mais également des articles de presse, des œuvres dont la première qualité est de relater des faits historiques, des œuvres qui relèvent principalement de la liberté d'expression et d'information. Tous les auteurs ne bénéficient pas de la même liberté. Pour certains auteurs, la liberté de création artistique devrait être quasi absolue et ne devrait pas être limitée de la même manière qu'un discours. Cependant, même si les droits des tiers ne peuvent être systématiquement écartés, les œuvres portant sur un sujet d'intérêt général tendent à bénéficier d'une liberté accrue, sous l'influence des juges européens.



CHAPITRE 2 : LES LIMITES RESULTANT DE LA DEFENSE D'INTERETS COLLECTIFS

457. L'ordre public et les bonnes mœurs ne sont pas les seules restrictions que peuvent rencontrer la liberté de création. C'est une liberté qui doit être conciliée avec d'autres intérêts collectifs, parfois érigés en liberté ou droit fondamental. Ces intérêts collectifs concernent plusieurs personnes²²¹⁰. Pour L. BOY, l'intérêt collectif est « *un intérêt relatif à une qualité possible ou à une fonction sociale de l'homme. En ce sens il se distingue de l'intérêt individuel puisqu'il concerne toujours un groupe, et de l'intérêt général puisqu'il est toujours confronté à un intérêt antagoniste* »²²¹¹. La limite à la liberté de création résulte donc d'une atteinte à l'intérêt d'un groupe de personne. Les intérêts que peut heurter la liberté de création sont plus particulièrement la liberté de religion (section 1), la santé publique (section 2) ou encore la dignité humaine (section 3).

Section 1 : La liberté de création et la liberté de religion

458. La liberté de religion. Le contrôle ayant pour but de protéger la liberté de religion, bien que n'étant plus étatique, correspond à une forme de censure, effectuée par le biais de poursuites privées²²¹². Bonne moralité et respect des croyances sont parfois confondus²²¹³. Or « *il ne faut pas confondre l'immoralité (...) et l'atteinte aux dogmes religieux* »²²¹⁴. La liberté de religion, et donc le droit au respect de ses croyances, doit être conciliée avec la liberté de création. Les aspects de la liberté de religion pouvant entrer en conflit avec les libertés de création et d'expression ont été précisées par la Cour EDH²²¹⁵. Il doit y avoir une atteinte gratuite et provocatrice, significative²²¹⁶.

²²¹⁰ L. BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, 1997, n°4

²²¹¹ L. BOY, *L'intérêt collectif en droit français, réflexion sur la collectivisation du droit*, Thèse, Nice, 1979, p. 17

²²¹² E. PIERRAT, *Antimanuel de droit*, éd. Bréal, 2007, ch. 6 : « La censure et ses nouveaux masques », p. 351 et suiv., spé. p. 354

²²¹³ PH. BERTIN, « Mère intègre, nu intégral et remous intégristes », *Gazette du palais*, 1985, 1^{er} semestre, doct. p. 92-93 : à propos du film *Je vous salue Marie*, jugé immoral plutôt que attentatoire aux croyances religieuses, la projection du film a été interdite à Versailles par son maire, afin de restaurer « *le bon ordre, la sécurité et la salubrité publique* ».

²²¹⁴ PH. BERTIN, *op. cit.* p. 92

²²¹⁵ CEDH, 20 septembre 1994, Otto-Preminger-Institut c. Autriche, n°11/1993/406/485 et CEDH, 25 novembre 1996, Wingrove c/ Royaume-Uni, rec. 1996-V.

²²¹⁶ Voir à ce sujet : J. FRANCILLON, « Liberté d'expression et respect des convictions religieuses », *Revue de science criminelle*, 2006, p. 625 et suiv.



459. Limite de la liberté de création : la critique est permise mais pas l'injure. Les juges nationaux ont également eu à déterminer les limites de la liberté de création et d'expression par rapport à la liberté de religion. Cette dernière ne peut empêcher les critiques à l'encontre des religions. Pour A. TRICOIRE, la limite à la liberté d'expression est donc « *qu'il ne faut pas viser les personnes à des fins discriminatoires, en les injuriant* »²²¹⁷. La liberté de création ne peut alors être restreinte que sur le fondement de la loi du 29 juillet 1881.

Le cinéma est un art dans lequel les libertés de création et d'expression sont confrontées aux croyances (§ 1). Les affiches de film ou les affiches publicitaires ont particulièrement fait l'objet de restrictions dans la mesure où elles sont visibles par tous (§ 2). Il semble depuis, qu'il existe une plus grande liberté des créateurs d'affiches de films. Dans le même sens, les publicitaires bénéficient d'une liberté assez large (§ 3). Enfin, les sentiments religieux peuvent également être confrontés à la liberté de création des caricaturistes de presse (§ 4).

§ 1 : Le cinéma et les sentiments religieux

460. Les films sont *a priori* moins sujets à la censure que les affiches de films, dans la mesure où le public n'y est pas confronté « *sans le vouloir* » dans un lieu public. Cependant, certains ont été interdits. Cette mesure, qui a permis une telle négation de la liberté de création, n'est plus appliquée aujourd'hui.

461. L'atteinte aux sentiments religieux a pu faire interdire un film. L'interdiction a été décrétée, par exemple, par le secrétaire d'Etat à l'information à l'encontre du film « Suzanne Simonin, la Religieuse de Diderot »²²¹⁸. En 1975, le Conseil d'Etat a confirmé un jugement rendu par le Tribunal administratif de Paris, annulant la décision prise par le secrétaire d'Etat à l'information, Yvon Bourges en 1966, interdisant toute représentation ainsi que l'exportation du film « Suzanne Simonin, la Religieuse de Diderot »²²¹⁹. M. BOURGES avait estimé que « *le fait que ce film est de nature, en raison du comportement de quelques personnages comme de certaines situations, ainsi que de l'audience et de la portée spécifiques d'un film commercialement distribué, à heurter gravement les sentiments et les*

²²¹⁷ A. TRICOIRE, *Petit traité de la liberté de création*, éd. La découverte, 2011, p. 184

²²¹⁸ Th. SCHLESSER, *L'art face à la censure. Cinq siècles d'interdits et de résistance*, éd. Beaux-arts, p. 110

²²¹⁹ CE, 24 janvier 1975, *Gazette du palais*, 5 juin 1975, 1^{er} sem., jurispr. p. 385, et J. MOURGEON, « Autour d'un récent arrêt du Conseil d'Etat : Vers une liberté publique de l'expression cinématographique ? », *Gazette du palais*, 1975, 1^{er} sem. doct. p. 350



consciences d'une très large partie de la population » justifiait cette interdiction²²²⁰. Le Conseil d'Etat a au contraire affirmé que ces mêmes éléments ne justifiaient pas l'interdiction touchant le film. La possibilité d'interdire la représentation d'un film par un ministre, quelle qu'en soit la raison, est une limite à la liberté d'expression et donc de création²²²¹.

462. Désormais, la liberté de création prévaut. Pour les films, l'atteinte aux sentiments religieux s'efface devant la liberté de création. L'atteinte aux sentiments religieux est rarement prise en compte. L'accès aux images pouvant porter atteinte à des croyances religieuses détermine la restriction à la liberté de création. Le film « Je vous salue Marie » a fait l'objet d'une plainte, l'AGRIF voulant le faire interdire²²²². Cela aurait entraîné une atteinte à la liberté d'expression et à la liberté de création, puisque la diffusion est un aspect indispensable de la création. Toute critique, tous troubles à l'encontre des sentiments religieux ne provoquent pas une restriction de la diffusion d'un film. Ainsi, en l'espèce, les juges ont estimé qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner l'interdiction ou la saisie d'un film accusé d'avoir porté atteinte à des croyances ou à des sentiments religieux, car lorsqu'aucune publicité ou affichage « provocant », seuls les spectateurs qui avaient pris l'initiative de se rendre dans les salles pour y voir le film « Je vous salue Marie » y ont été confrontés. La liberté d'expression dans la création dont bénéficie l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'a pas lieu d'être limitée²²²³. La cour de cassation a ajouté que la liberté d'expression des auteurs ne pouvait être restreinte qu'en présence d'un trouble manifestement illicite d'une gravité exceptionnelle : « *si certains aspects du film pouvaient choquer la sensibilité religieuse des adhérents des associations appelantes ou intervenantes, il n'en résulte pas pour autant l'existence d'un trouble manifestement illicite*²²²⁴, *d'une gravité exceptionnelle, seul de nature à limiter la liberté d'expression, dès lors que la réprobation n'était pas unanime chez les catholiques pour une œuvre qui, de compréhension difficile et achevant sa carrière dans l'indifférence, n'avait eu*

²²²⁰ Décision du ministre de l'Information du 31 mars 1966, citée par la décision du Conseil d'Etat.

²²²¹ Voir à propos de la limite par l'ordre public et les bonnes mœurs.

²²²² TGI Paris, réf., 28 janvier 1985 : *Gazette du Palais*, 10 février 1985, p. 41 ; et jurispr. PH. BERTIN, *gazette du palais*, 12 février 1985, 1^{er} semestre, p. 92 et suiv.. Confirmé par CA Paris, 1^{re} ch. A, 13 mai 1985, PH. BERTIN, *gazette du palais* journal du 28 mai 1985, 1^{er} semestre, jurispr. p. 342 et suiv. ; confirmé par CA Paris, 13 mai 1985 ; cassé par Cass. 1^{re} civ. 21 juillet 1987, Bull. civ. 1, n° 236 ; sur renvoi : CA Dijon 22 mars 1988 : Th. HASSLER, *Dalloz*, 1989, som., p. 250 ; PH. BERTIN, « En saluant Godard », *Gaz. Pal.* 1988. 1, p. 379. Cass. 1^{re} civ. 10 janvier 1990, bull. 1990 I n° 11 p. 9

²²²³ TGI Paris, ord. réf., 28 janvier 1985, *Dalloz* 1985, p. 129, note R. LINDON ; CA Dijon, 22 mars 1988, *Dalloz* 1988, somm. p. 250, obs. HASSLER. Cass. 1^{re} civ. 10 janvier 1990, bull. civ., I, n° 11 p. 9

²²²⁴ Article 809 du code de procédure civile.



qu'un impact très limité »²²²⁵. Or les juges de la Cour d'appel de Paris avaient estimé que le trouble n'était pas d'une « *gravité exceptionnelle* »²²²⁶.

463. La position de la Cour européenne des droits de l'homme défavorable à la liberté de création. La Cour européenne des droits de l'homme limite la liberté de création, lorsqu'elle entre en conflit avec les sentiments religieux. Dans un arrêt du 20 septembre 1994²²²⁷, la cour a dû déterminer si la saisie et la confiscation d'un film en raison de son caractère blasphématoire était une ingérence acceptable ou non dans l'exercice de la liberté d'expression. S'il s'agissait en l'espèce de la diffusion d'un film dans quelques salles autrichiennes, l'ampleur des mesures prises, et la reconnaissance de leur validité par les juges européens, sont préoccupantes pour la liberté de création.

Le film « Le Concile d'amour »²²²⁸ devait être projeté au grand public. Ces projections ont fait l'objet d'un avis, distribué aux membres de l'association gérant le cinéma, également affiché dans des vitrines. Cet avis précisait d'une part, qu'il s'agissait d'une caricature, d'autre part que cette œuvre était adaptée d'une œuvre ayant fait l'objet d'une condamnation pour blasphème en 1895. Le film était par ailleurs interdit aux moins de 17 ans. Les projections ont également été annoncées par un journal régional, sans précisions. Le gérant de l'association a été poursuivi, avant même la projection, pour « *dénigrement de doctrines religieuses* ». Après visionnage à huis clos, le procureur en ordonna la saisie, les projections ne purent avoir lieu. Le tribunal régional ordonna la confiscation du film²²²⁹. D'après le jugement « *toute forme de création artistique se trouve protégée, et la restriction de la liberté artistique ne peut plus découler d'une disposition légale expresse, mais seulement des limites inhérentes à cette liberté* »²²³⁰. Pourtant, la cour a estimé que le film en question devait être interdit, dans la mesure où il s'agissait « *d'un film essentiellement provocateur et anticlérical* ».

Le raisonnement qu'avait suivi la cour européenne était le suivant : elle a vérifié tout d'abord que la juridiction nationale a bien appliqué le droit interne. En droit autrichien, « *le droit à la liberté artistique* » doit être mis en balance avec « *le droit au respect des convictions* ».

²²²⁵ Cass. 1^{re} civ., 10 janvier 1990, « Ne constitue pas un trouble manifestement illicite, seul de nature à limiter la liberté d'expression, un film sur l'immaculée conception ne faisant pas l'objet de la réprobation unanime des catholiques », *Dalloz*, som. p. 26

²²²⁶ CA Paris, 1^{re} ch. A, 13 mai 1985, *Gazette du palais*, 28 mai 1985, 1^{er} semestre, p. 342 et suiv.

²²²⁷ CEDH, 20 septembre 1994, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, n°11/1993/406/485

²²²⁸ Film réalisé par W. SCHROETER, sorti le 7 septembre 1983

²²²⁹ 10 octobre 1986

²²³⁰ Cité par l'arrêt de la CEDH, §16



religieuses ». Ce droit a donc été correctement été appliqué. Ensuite, la cour a recherché si les ingérences dans l'exercice de la liberté d'expression par l'association poursuivaient un « *but légitime* ». La cour a souligné que « *ceux qui choisissent d'exercer la liberté de manifester leur religion (...) doivent tolérer et accepter le rejet par autrui de leurs croyances religieuses et même la propagation par autrui de doctrines hostiles à leur foi* »²²³¹. Elle ajoute cependant qu'il existait « *une obligation d'éviter autant que faire se peut des expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui et constituent donc une atteinte à leurs droits et qui, dès lors, ne contribuent à aucune forme de débat public capable de favoriser le progrès dans les affaires du genre humain* »²²³².

La saisie était donc licite pour la Cour européenne²²³³. Elle a estimé que la confiscation du film, qui rend « *en permanence impossible sa projection où que ce fût en Autriche* » n'était pas un moyen « *disproportionné* » par rapport au but légitime poursuivi²²³⁴. Une telle décision est pourtant particulièrement attentatoire à la liberté de création.

Cette solution n'a pas été celle de tous les juges. Selon l'opinion dissidente de trois d'entre eux, « *il ne devrait pas être loisible aux autorités de l'Etat de décider si une déclaration donnée est de nature à « contribue[r] à aucune forme de débat public capable de favoriser le progrès dans les affaires du genre humain » ; semblable décision ne peut que subir l'influence de l'idée que se font les autorités du « progrès »* »²²³⁵. Ces juges soulignent également que le film était destiné à être vu par un public restreint, et que des mesures destinées à protéger ceux qui auraient pu être offensés ont été prises. La saisie et la confiscation n'étaient pas, pour eux, proportionnées au but légitime poursuivi²²³⁶. On peut se demander si ces mesures seraient aujourd'hui perçues comme proportionnées par les juges européens, eu égard à l'importance accordée au « débat d'intérêt général ». Une telle atteinte à la liberté de création, constituée par l'impossibilité de diffuser l'œuvre, est en effet disproportionnée.

²²³¹ §47

²²³² §49

²²³³ §56

²²³⁴ §57

²²³⁵ Opinion dissidente commune à Mme le juge PALM et à MM. Les juges PEKKANEN et MAKARCZYK, §3

²²³⁶ Opinion dissidente commune à Mme le juge PALM et à MM. Les juges PEKKANEN et MAKARCZYK, §11



Les affiches de films ne bénéficient pas de la même liberté de création que les films. Elles ont pour but d'accrocher un public, et donc d'être remarquées. Leurs créateurs sont alors susceptibles d'être plus provocants. Or, ces affiches sont susceptibles d'être vues par tous, puisqu'elles sont exposées à la vue du public, dans les rues. La liberté des créateurs d'affiches de film est donc plus encadrée (§ 2).

§ 2 : Les affiches de film

464. L'atteinte aux sentiments religieux considérée comme un trouble manifestement illicite. En 1984, la liberté de création était limitée par l'atteinte aux sentiments religieux. Cette restriction s'expliquait parce que l'affiche était considérée comme un « *acte d'intrusion* ». Ainsi, l'affiche du film « Ave Maria » a été considérée comme étant constitutive d'un trouble manifestement illicite et a dû être retirée²²³⁷.

La solution apportée restreint la liberté de création, faisant prévaloir le respect des sentiments religieux, sous le visa de l'article 1^{er} de la Constitution de 1958²²³⁸. En l'espèce, le fait que l'affiche en cause était visible dans les rues a été déterminant. Les juges ont estimé que le fait d'afficher une publicité constituait « *un acte d'intrusion agressive et gratuite dans le tréfonds intime des croyances* », et en l'occurrence violait « *des droits individuels et collectifs fondés sur la liberté de conscience d'une part, et d'autre part, sur la liberté d'aller et de venir sans risque d'agression ou d'outrage dans une société protectrice des droits de l'homme* »²²³⁹.

465. Evolution favorable à la liberté de création. Dix-huit ans après le jugement ayant ordonné la lacération de l'affiche du film Ave Maria²²⁴⁰, les juges ne font plus référence au respect des croyances, mais à la liberté d'expression. Ainsi, l'affiche du film Amen de Costa-Gavras²²⁴¹ a fait l'objet d'une assignation par l'AGRIF, car elle portait selon elle atteinte aux sentiments religieux. Il s'agit d'une association ayant pour but le respect de la

²²³⁷ TGI Paris, réf., 23 octobre 1984, comm. *Gazette du palais* 1984, 2, p. 727 ; R. LINDON, *dalloz* 1985, jurispr. p. 31 ; confirmé par CA Paris, 26 octobre 1984, *Gazette du palais* 1984, 2, p. 728 ; Th. HASSLER, *JCP* 1985, II, 20452

²²³⁸ Article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée* ».

²²³⁹ TGI Paris, référés, 23 octobre 1984, *Gazette du palais*, 2^e sem. 1984, p. 727

²²⁴⁰ CA Paris, 26 octobre 1984, *JCP* 1985, II, 20452, obs. HASSLER

²²⁴¹ TGI Paris, 21 février 2002, note Ph. MALAURIE, « L'affiche du film " Amen " représentant une " croix catholique prolongée d'une croix gammée " n'est pas constitutive d'un trouble manifestement illicite », *JCP G*, 2003, II, 10064



religion chrétienne, ayant des liens avec l'extrême droite²²⁴². Cette association a réclamé l'interdiction de l'affichage sur la voie publique de l'affiche du film Amen, car celle-ci représentait un trouble manifestement illicite au sens de l'article 809 NCPC, ladite affiche devant être considérée comme diffamatoire au sens des articles 29 aliéna 1^{er}²²⁴³ et 32 aliéna 2²²⁴⁴ de la loi du 29 juillet 1881. En l'espèce, les juges ont estimé que l'affiche était sujette à interprétation et ont contesté la lecture qu'en faisait l'AGRIF. Ils ont estimé que les demandeurs s'étaient livrés à une « *lecture fermée du message exprimé par l'affiche* »²²⁴⁵. Pour eux, elle illustre le thème du film, qui est l'histoire de « *la commune volonté d'un officier allemand, chrétien fervent, à l'intérieur même du système nazi et d'un membre de la Compagnie de Jésus, de dénoncer au monde le drame de la Shoah* »²²⁴⁶. La demande de l'A.G.R.I.F. a été rejetée semble-t-il, d'une part, parce que l'intention du créateur n'était pas d'assimiler la religion catholique au nazisme, d'autre part parce que l'affiche illustre le propos du film, et enfin, par ce que l'affiche, interprétée à la lumière du film lui-même, soit une ouverture au débat relatif au rôle des catholiques, qui a déjà été abordé par l'épiscopat français²²⁴⁷.

La solution en elle-même défend effectivement la liberté d'expression, qui prime en l'espèce sur les sentiments religieux. Le fondement ne pouvait être l'article 1382 du code civil, les juges ont estimé que « *le principe de légalité exige que toute restriction apportée à la liberté d'expression soit inscrite dans le droit positif, que seule l'existence d'une diffamation au sens de la loi sur la presse serait susceptible de caractériser le trouble allégué* »²²⁴⁸.

²²⁴² A. TRICOIRE, *Petit traité de la liberté de création*, éd. La découverte, 2011, p. 189 ; J. FRANCILLON, « Liberté d'expression et respect des convictions religieuses », *Revue de science criminelle*, 2006, p. 625 et suiv. ; E. PIERRAT, *100 images qui ont fait scandale*, éd. Hoëbeke, Paris, 2011, p. 20

²²⁴³ Article 29 al. 1 de la loi du 29 juillet 1881 : « *Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. La publication directe ou par voie de reproduction de cette allégation ou de cette imputation est punissable, même si elle est faite sous forme dubitative ou si elle vise une personne ou un corps non expressément nommés, mais dont l'identification est rendue possible par les termes des discours, cris, menaces, écrits ou imprimés, placards ou affiches incriminés* ».

²²⁴⁴ Article 32 al. 2 de la loi du 29 juillet 1881 : « *L'injure commise de la même manière envers les particuliers, lorsqu'elle n'aura pas été précédée de provocations, sera punie d'une amende de 12 000 euros* ».

²²⁴⁵ Par opposition à la lecture ouverte qui pouvait en être faite, consistant à y voir une « *volonté de briser la croix nazie, symbole de totalitarisme, et de replanter en terre, comme pour la ré humaniser, la croix que continue de porter toute une communauté* » : TGI Paris, ord. Réf., 21 février 2002, RG 02/51851.

²²⁴⁶ TGI Paris, ord. Réf., 21 février 2002, RG 02/51851

²²⁴⁷ Sur les deux premiers points, il semble que l'interprétation faite par les juges ne soit pas si évidente et incontestable qu'il n'y paraît, le film en lui-même ayant fait l'objet de polémiques : Ph. MALAURIE, « L'affiche du film « Amen » représentant une « croix catholique prolongée d'une croix gammée » n'est pas constitutive d'un trouble manifestement illicite », *JCP G*, n°17, 23 avril 2003, II, 10064

²²⁴⁸ TGI Paris, ord. Réf., 21 février 2002, RG 02/51851

Seule la liberté d'expression est ici prise en compte par les tribunaux, il semble cependant que la liberté de création soit également en cause, dans la mesure où interdire un film ou en restreindre la diffusion compromettrait la liberté de création. De plus, la liberté de création, rejoignant la liberté d'expression, implique que le créateur soit libre à la fois dans le choix du sujet de sa création et dans la manière de traiter celui-ci.

466. Les solutions permettant la conciliation entre liberté de création et sentiment religieux. Afin de ne pas restreindre excessivement la liberté du créateur d'affiches de film, une conciliation entre les différents intérêts en cause a été envisagée. Par exemple, l'affiche de « La dernière tentation du christ » a fait l'objet de poursuites judiciaires²²⁴⁹. La cour a alors souligné que l'exercice de la liberté d'expression telle que prévue par les articles 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et l'article 10 de la CEDH ne peut être restreint que par des dispositions prévues par la loi. Cependant, afin « *d'éviter que quiconque se trouve dans la situation d'être atteint dans ses convictions profondes* », elle a affirmé qu'un communiqué devait apparaître sur les affiches du film et tout autre support, prévenant que celui-ci n'est pas une adaptation des évangiles. La cour de cassation a rejeté le pourvoi au motif que « *le principe de la liberté d'expression, notamment en matière de création artistique, d'une part, comme, d'autre part, celui du respect dû aux croyances et le droit de pratiquer sa religion étant d'égale valeur, il appartenait aux juges du fait de décider des mesures appropriées à faire respecter ce nécessaire équilibre ; que sans nier la possibilité d'abus de droit en de pareils domaines, qui constitueraient alors des troubles manifestement illicites, la cour d'appel, - qui a relevé qu'il y avait lieu d'éviter " que quiconque se trouve, parce que non prévenu, en situation d'être atteint dans ses convictions profondes " au même titre que de ne pas porter atteinte à la liberté d'expression - a pu estimer qu'il n'y avait pas eu, en la circonstance, trouble manifestement illicite et décider souverainement des mesures les plus appropriées à préserver le juste équilibre des droits et libertés en cause ; que, ce faisant, elle n'a pas pris en considération la subjectivité personnelle de tel ou tel spectateur et qu'elle a répondu, par la généralité des mesures prises, aux préoccupations exprimées dans les conclusions invoquées* »²²⁵⁰.

²²⁴⁹ CA Paris, 1^{re} ch. A, 27 septembre 1988 : *RIDA* juillet 1989, p. 263 ; *dalloz* 1989, somm. p. 301, obs. HASSLER ; PH. BERTIN, *Gazette du palais*, 22 octobre 1988, 2^e semestre, p. 735 et suiv.

²²⁵⁰ Cass. 1^{re} civ., 29 octobre 1990, bull. 1990 I n° 226 p. 161



La cour se réfère à la « *liberté d'expression en matière de création artistique* », que l'on peut assimiler à la liberté de création, qui implique nécessairement que l'auteur puisse s'exprimer. Le recours à la liberté d'expression permet de donner une valeur supérieure à la liberté de création, qui est alors considérée comme une liberté fondamentale, ou publique. La liberté d'expression en matière de création artistique et le respect dû aux croyances sont donc des droits d'égale valeur pour les juges. Dès lors, ils procèdent à la « *mise en balance des différents intérêts en présence dans le cadre du test de proportionnalité* », qui est imposé par toute application d'une disposition de la Convention²²⁵¹. De ce fait, une solution préservant les différents intérêts prévaut, limitant l'atteinte à la liberté de création.

467. Le refus de limiter la liberté de création en raison du but publicitaire des affiches de film. Il semble désormais que le but publicitaire de ces affiches, donc lucratif, ne permette plus de limiter la liberté de création. Ainsi, plus récemment, l'affiche du film « Larry Flint » montrant un « *corps féminin vêtu d'un maillot de bain, représenté de face, des genoux au nombril de façon presque stylisée et dénuée de tout caractère pornographique, contre lequel est adossé un homme ayant une position de crucifié, les hanches drapées de la bannière américaine* » n'a pas été censurée. Pour les juges, « *il n'est pas démontré (...) que cette affiche, incongrue, même si elle peut choquer, constitue un outrage flagrant aux sentiments religieux des requérants* », il n'y a donc « *pas lieu à référé* »²²⁵². Un des arguments des requérants était que cette affiche avait un « *but de racolage publicitaire* ». Or il semble que le but de la création ne doive pas être pris en compte, quelle que soit la destination de l'affiche en question. Cet argument n'a pas été repris par les juges.

De même, il semble que la Cour européenne des droits de l'homme considère que l'article 10 CEDH, garantissant la liberté d'expression et de création en l'espèce, s'applique quelle que soit « *la nature, lucrative ou non, du but recherché* »²²⁵³.

L'AGRIF ayant demandé de faire défense à la société qui distribue le film de publier l'affiche sous peine d'astreinte, le tribunal relève que l'affiche en question était

²²⁵¹ Ch. GEIGER, « Pour une plus grande flexibilité dans le maniement des exceptions au droit d'auteur », *A&M*, 2004, n° 3, p. 213 et suiv., spéc. p. 218

²²⁵² TGI Paris, ord. Réf., 20 février 1997, n° 52151/97, F. GRAS, « Affichage publicitaire et liberté d'expression : l'affaire Larry Flynt », *Les petites affiches*, 24 février 1997, n°24, p. 10 et suiv. ; Th. HASSLER, V. LAPP, « Recevabilité d'une action tendant à l'interdiction d'une affiche publicitaire en ce qu'elle porte atteinte aux sentiments religieux », *Dalloz*, 1998, p. 132 et suiv.

²²⁵³ F. GRAS, « Affichage publicitaire et liberté d'expression : l'affaire Larry Flynt », *Les petites affiches*, 24 février 1997, n°24, p. 10 et suiv., spéc. p. 15 : cite : CEDH, 24 février 1994, Casado Coca c/ Espagne, série A, vol. n° 285, § 35 et Autronic A.G. c/ Suisse, série A, vol. n° 178, § 47.



« dépourvue de connotation pornographique, [et] ne parai[ssait] pas être révélatrice de la moindre attaque à l'égard de quelque religion ou groupe religieux que ce soit, et en particulier d'aucun « racisme antichrétien » au sens des statuts de l'A.G.R.I.F. qui l'autorise à agir »²²⁵⁴. Il n'y avait donc pas de trouble manifestement illicite, qui seul peut permettre, en matière de référé, d'interdire l'affichage. De plus, cette mesure étant « gravement attentatoire à la liberté de création et d'expression, [elle] doit rester exceptionnelle et n'être ordonnée que dans les cas où le préjudice invoqué ne peut être réparé par l'allocation de dommages et intérêts devant le juge du fond »²²⁵⁵.

Les affiches publicitaires ont également fait l'objet d'attaque de la part des associations religieuses. La destination purement commerciale des affiches publicitaires a conduit à limiter la liberté de leurs créateurs. Il semble cependant que celle-ci prévaut désormais (§ 3).

§ 3 : Les affiches publicitaires

468. La liberté de création des publicitaires prime sur les sentiments religieux. En matière de publicité, comme en ce qui concerne les affiches de film, les affiches sont susceptibles d'être vues, non par les personnes qui le souhaitent, mais par l'ensemble du public. Cette constatation pourrait conduire à une restriction de la liberté de création, mais il semble qu'il existe une certaine tolérance.

A cet égard, une affaire a plus particulièrement retenu l'attention : il s'agissait d'affiches publicitaires parodiant la cène, fresque peinte par Léonard de Vinci, sur lesquelles les apôtres et Jésus étaient remplacés par des femmes, et un personnage masculin enlacé par deux femmes ajouté²²⁵⁶. Cette affiche a tout d'abord été censurée. Les juges du fond s'étaient appuyés sur la loi sur la presse pour limiter la liberté d'expression²²⁵⁷. Le Tribunal de grande instance avait en effet constaté que l'affiche reprenait les symboles chrétiens et les détournait, elle a de plus été « affichée, (...) au cours du carême qui correspond à la période où la communauté catholique célèbre le mémorial de cette Cène ». Enfin, cette affiche était de

²²⁵⁴ TGI Paris, ord. Réf., 20 février 1997, n° 51935/97, F. GRAS, *op. cit.* p. 10 et suiv.

²²⁵⁵ *Ibid.*

²²⁵⁶ Cass. 1^{re} civ. 14 novembre 2006, n°05-15.822, Juris-Data n° 2006-035890, comm. Ph. MALAURIE, *JCP G* n°11, 14 mars 2007, 10041

²²⁵⁷ TGI Paris, ord. réf., 10 mars 2005, Assoc. Croyances et Libertés c/ Sté M.-F. Girbaud et a. et CA Paris, 14e ch., 8 avr. 2005 : Juris-Data n° 2005-274875.



« dimensions imposantes », et, étant placée dans un « lieu de passage obligé pour le public », attirait forcément le regard. Pour le tribunal, il s'agissait d'un « acte d'intrusion agressive et gratuite dans le tréfonds des croyances intimes de ceux qui, circulant librement sur la voie publique et ne recherchant aucun contact singulier avec une œuvre ou un spectacle déterminé, se voient, hors de toute manifestation de volonté de leur part, nécessairement et brutalement confrontés à une manifestation publicitaire et commerciale ; que l'injure ainsi faite aux catholiques apparaît disproportionnée au but mercantile recherché ». C'est ce but mercantile qui semble en effet limiter la liberté de création, les juges avaient ajouté que, « destinée seulement à la promotion de vêtements, sa nature ne lui permet pas de s'inscrire dans un débat d'idées, seul susceptible d'enlever à la critique la gratuité qui en fait une injure, comme le permet par exemple une œuvre littéraire ou cinématographique »²²⁵⁸. La cour d'appel a estimé qu'il s'agit d'une « composition parodique injurieuse ». Le but commercial de la création, bien que la recherche esthétique de celle-ci ait été soulignée, exclut la liberté de création pour la cour, qui rejette la démarche que revendiquent les appelantes qu'elle juge purement opportuniste. Celles-ci affirmaient en effet « avoir voulu inscrire l'affiche, indépendamment de son but publicitaire, dans un débat sur la place de la femme dans l'histoire de l'humanité comme dans la société actuelle ». Aucun texte explicatif n'accompagnait l'image, elle n'a donc eu pour but que de choquer, selon la cour, « au mépris du caractère sacré de l'instant saisi ». Ph. MALAURIE voyait d'ailleurs dans cette publicité une profanation du sacré, source de danger : « quand le sacré est profané, la barbarie se développe »²²⁵⁹.

L'arrêt de la cour de cassation a cassé partiellement l'arrêt rendu par la cour d'appel²²⁶⁰, au visa des articles 29 et 33 de la loi sur la presse, de l'article 809 du nouveau code de procédure civile et de l'article 10 CEDH, en ce que cette parodie de la Cène qui « n'avait pas pour objectif d'outrager les fidèles de confession catholique, ni de les atteindre dans leur considération en raison de leur obédience, ne constitue pas l'injure »²²⁶¹. Pour Ph. MALAURIE, « la liberté d'expression l'emporte désormais sur le respect des croyances, sauf dans les cas nettement caractérisés d'offense délibérée, ou, comme cela a été rappelé par la

²²⁵⁸ TGI Paris, ord. réf., 10 mars 2005, Assoc. Croyances et Libertés c/ Sté M.-F. Girbaud et a.

²²⁵⁹ Ph. MALAURIE, note sous TGI Paris, ord. réf., 10 mars 2005, Assoc. Croyances et Libertés c/ Sté M.-F. Girbaud et a. et CA Paris, 14e ch., 8 avr. 2005 : Juris-Data n° 2005-274875, « Caractère outrageant d'une affiche publicitaire qui constitue une injure au sens de la loi du 29 juillet 1881 », JCP G n°31, 3 août 2005, II, 10109

²²⁶⁰ CA Paris, 14e ch., 8 avr. 2005 : Juris-Data n° 2005-274875 ; com. Ph. MALAURIE, « Caractère outrageant d'une affiche publicitaire qui constitue une injure au sens de la loi du 29 juillet 1881 », JCP G n°31, 3 août 2005, II, 10109 ; P. ROLLAND, « La critique, l'outrage et le blasphème », Dalloz 2005 p. 1326

²²⁶¹ Cass. 1^{re} civ., 14 novembre 2006, n°05-15.822, Juris-Data n° 2006-035890, comm. Ph. MALAURIE, JCP G n°11, 14 mars 2007, 10041



Cour de cassation d' « attaque personnelle et directe contre un groupe de personnes en raison de leur appartenance religieuse » »²²⁶². Une telle solution semble adaptée, dans la mesure où la restriction de la liberté de création ne doit être trop importante. Or la distinction faite entre l'injure et une telle parodie, quelle que soit la remise en cause des symboles religieux et sa motivation, est essentielle à la préservation de la liberté de création et d'expression.

La supériorité de la liberté d'expression et de création a également été retenue à propos d'affiches destinées à la prévention contre le sida. La conciliation entre liberté d'expression et liberté de religion a été mise en œuvre à propos d'une caricature représentant une religieuse et un « *angelot muni d'un arc et d'une flèche ainsi que de deux préservatifs* » dans le cadre d'une campagne pour la prévention du sida²²⁶³. Les auteurs de la parodie ont été condamnés au fond, pour « *injure envers un groupe de personnes à raison de leur appartenance à une religion déterminée* »²²⁶⁴. Pour les juges, toute la communauté des catholiques était atteinte dans ses sentiments religieux. La cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel et a affirmé que les restrictions à la liberté d'expression devaient être interprétées de manière étroite, et que « *si le tract litigieux a pu heurter la sensibilité de certains catholiques, son contenu ne dépasse pas les limites admissibles de la liberté d'expression* »²²⁶⁵.

La conciliation entre le respect dû aux croyances et la liberté de création et la liberté d'expression est une préoccupation qui existe également en matière de caricatures de presse. La caricature est traditionnellement excessive, et la liberté particulièrement importante (§ 4).

§ 4 : Caricatures et sentiments religieux

469. Les caricatures de sujets religieux sont également licites. Ainsi, la publication des caricatures de Mahomet²²⁶⁶ n'a pas été condamnée²²⁶⁷. Le 30 septembre 2005 des caricatures

²²⁶² Cass. 1^{re} civ., 14 novembre 2006, n°05-15.822, Juris-Data n° 2006-035890, comm. Ph. MALAURIE, *op. cit.*

²²⁶³ Cass. crim., 14 février 2006, com. P. R. (obs.), « « Sainte capote » : la Cour de cassation défend la liberté d'expression... et la prévention du SIDA », *AJ Pénal*, 2006, p. 219 ; « Limite admissible à la liberté d'expression », *Dalloz*, 2006, IR, p. 886 ; A. TRICOIRE, « Injure envers la communauté catholique : contrôle de la Cour de cassation », *Légipresse*, juin 2006, n°232, p. 116 et suiv.

²²⁶⁴ Article 33 al. 3 de la loi du 29 juillet 1881.

²²⁶⁵ Cass. crim., 14 février 2006, com. P.R. (obs.), « « Sainte capote » : la Cour de cassation défend la liberté d'expression... et la prévention du SIDA », *AJ Pénal*, 2006, p. 219 ; « Limite admissible à la liberté d'expression », *Dalloz*, 2006, IR, p. 886 ; A. TRICOIRE, *op. cit.*

²²⁶⁶ TGI Paris, 17^e ch., 22 mars 2007, com. A. LEPAGE, « Protection du sentiment religieux et injure publique envers un groupe de personnes à raison de leur appartenance à une religion déterminée », *com. com. électr.*, mai 2007, n°5, p. 46 et suiv. ; J. FRANCILLON, « Caricatures de Mahomet : une décision équilibrée (TGI Paris, 17^e



ont été publiées dans un quotidien danois, sous le titre « Les visages de Mahomet », « *pour combattre l'autocensure de ses confrères à la suite de l'assassinat aux Pays-Bas de Théo Van Gogh* »²²⁶⁸ ou encore à la suite de « *difficultés éditoriales rencontrées par Kåre Bluitgen (...) auteur d'une biographie sur le fondateur de l'islam, et qui déplora l'autocensure des illustrateurs évitant, par peur des représailles, de matérialiser les traits du prophète* »²²⁶⁹. Ces dessins ont été publiés en France par France Soir, entraînant le licenciement de son rédacteur en chef. Charlie Hebdo a ensuite publié ces dessins. Le TGI a fait prévaloir la liberté d'expression, les dessins en cause participant du débat d'intérêt général²²⁷⁰. La liberté de création n'est en l'espèce pas mise en cause, dans la mesure où seule la publication de dessins déjà publiés dans un autre journal a fait l'objet de poursuites. Néanmoins, une condamnation aurait pu être source de restriction à la liberté de création, la publication de tels dessins auraient en effet pu être condamnable.

Lorsque les créations sont satiriques, l'atteinte à la liberté de croyance n'est pas constituée. Ainsi, la finalité des propos ou des dessins est prise en compte. Il a été jugé que l'article adressé au pape dans un journal satirique étaient constitutifs « *non d'attaques contre les fidèles d'une religion mais de critiques dont la virulence ne peut être appréciée qu'au regard du caractère ouvertement anticlérical et grossièrement satirique du journal Charlie hebdo, et qui, portant sur le rôle et les positions à travers l'histoire de l'Eglise catholique, en tant qu'institution représentée par le pape, relèvent d'un débat d'opinions qu'il n'appartient pas aux tribunaux d'arbitrer* »²²⁷¹. Ainsi, les sentiments religieux, tout comme d'autres sujets abordés par les journaux satiriques sont susceptibles d'être moqués et critiqués.

ch., 22 mars 2007) », *Revue de science criminelle*, 2007, p. 564 ; E. DERIEUX, « L'affaire des « caricatures de Mahomet » liberté de caricature et respect des croyances », *JCP G*, 2007, II, n°10079 ; A. CAPITANI et M. MORITZ, « Les caricatures de Mahomet face au juge correctionnel ou le délit d'injure en droit pénal et droit européen », *RLDI*, juin 2007, n°28, p. 46 et suiv. ; H. LECLERC, « Caricatures, blasphème et défi », *Légipresse*, juin 2007, n°242, p. 123 et suiv. ; « La reproduction de caricatures participe au débat public d'intérêt général », *Dalloz*, 2007, act. p. 1023 ; J.-Y. MARECHAL, « La publication de caricatures de Mahomet ne constitue pas une injure envers les musulmans », *JCP G*, 2007, act. 146

²²⁶⁷ *Ibid.*

²²⁶⁸ Rappelé à propos d'un autre arrêt Ph. MALAURIE, note Cass. 1^{re} civ., 14 novembre 2006, n°05-15.822, *Juris-Data* n° 2006-035890, « Une affiche publicitaire parodiant un des fondements du christianisme ne constitue pas une injure au sens de la loi du 29 juillet 1881 », *JCP G* n°11, 14 mars 2007, 10041

²²⁶⁹ Th. SCHLESSER, *L'art face à la censure. Cinq siècles d'interdits et de résistance*, éd. Beaux-arts, p. 6

²²⁷⁰ TGI Paris, 17^e ch., 22 mars 2007, « La reproduction de caricatures participe au débat d'intérêt général », *Dalloz*, som. p. 1023 ; com. F. ROME, « Il est libre « Charlie » ! », *Dalloz*, 2007, p.929

²²⁷¹ Cass. 2^e civ., 26 février 2001, n° de pourvoi: 99-10490.



L'étendue de la liberté de création, lorsque la création porte sur des sujets religieux, varie selon le genre de l'œuvre et son but commercial ou non. Si cette distinction entre les différents créateurs est discutable, l'absence de volonté de nuire doit en effet prévaloir. La liberté de création est en revanche plus restreinte lorsqu'elle est confrontée à la santé publique (section 2).

Section 2 : La santé publique

470. La santé publique limite parfois les droits de propriété intellectuelle²²⁷² et la liberté de création (§ 1). Dans certains cas, elle permet une plus grande liberté de création (§ 2).

§ 1 : Limitation de la liberté de création pour des raisons de santé publique

471. Publicité en faveur du tabac et de l'alcool strictement encadrée : la publicité indirecte condamnée. La publicité en faveur du tabac est principalement touchée. Afin de lutter efficacement contre le tabagisme, le législateur a interdit non seulement la publicité directe, mais aussi la publicité indirecte. Celle-ci a pu consister en des décorations sur les paquets de cigarettes, des jeux²²⁷³ ou des « éléments d'histoire de la marque » dans les paquets²²⁷⁴, l'organisation d'expositions²²⁷⁵ ou encore des dessins satiriques²²⁷⁶. En 2006, la cour de cassation a affirmé que la décoration sur les paquets de cigarettes, bien qu'autorisée en principe, pouvait constituer une publicité interdite par l'article L. 3511-3 du code de la

²²⁷² La santé publique peut être opposée aux droits de propriété intellectuelle, au même titre que la liberté d'expression ou la liberté du commerce et de l'industrie : J.-M. BRUGUIERE, F. DUMONT, « La question prioritaire de constitutionnalité dans le droit de la propriété intellectuelle », *comm. comm. électr.* n° 5, Mai 2010, étude 10, n°21

²²⁷³ Cass. Crim. 20 février 2001, n° de pourvoi: 00-81519, *Légipresse*, mars 2002, n°189, I, 26. En l'occurrence, les consommateurs pouvaient trouver un ticket leur permettant d'obtenir un cadeau à l'intérieur des paquets de cigarettes, ce qui, pour la cour, était de nature à les inciter à acheter cette marque.

²²⁷⁴ Cass. Crim. 3 novembre 2010, n°09-88.599, *comm. G. RAYMOND*, « Caractérisation d'une publicité illicite pour le tabac », *contr. Concurr. Conso.*, n°3, mars 2011, *comm.* 83

²²⁷⁵ Cass. Crim. 4 mai 1999, *RJDA* 6/1999, n°735 : « *s'il est patent que les organisateurs de l'exposition "20 designers pour une silhouette" ont pris le plus grand soin de ne reproduire ni la marque "GITANES" ni son emblème, ni le paquet de cigarettes Gitanes sur les affiches et les invitations diffusées par la SEITA, il n'en demeure pas moins que l'exposition, en elle-même, compte tenu de la nature des œuvres concernées qui reproduisent sous différentes formes la célèbre Gitane créée à l'origine par Max A... et portent en plus ou moins forts caractères le mot Gitane, constitue au-delà de l'aspect artistique une incontestable opération de promotion en faveur d'un produit de tabac* ».

²²⁷⁶ Cass. Crim. 11 janvier 2005, n°04-80.907, *JurisData* n°2005-026729, *note A. LEPAGE*, « Publicité en faveur du tabac », *comm. comm. électr.* n°7, juillet 2005, *comm.* 122



santé publique²²⁷⁷, lorsque qu'elle constitue une publicité en faveur du tabac. En l'espèce, les décorations « *représentait de jeunes adultes dans un bar australien ou dans un bus de Sydney [et] les paquets mis bout à bout constituaient une fresque* »²²⁷⁸.

Lorsqu'un photomontage tourne en dérision les mentions légales d'information obligatoires devant figurer sur les paquets de cigarettes, il est considéré comme une publicité illicite en faveur du tabac²²⁷⁹.

Le fait de modifier l'emballage, de le rendre attractif grâce à un système d'ouverture particulier, des matériaux différents et des bandes phosphorescentes pour être mieux repérés de nuit est également répréhensible²²⁸⁰.

472. La difficile appréciation de la limite à la liberté de création des publicitaires.

L'article L. 3323-4 du code de la santé publique limite la liberté de création laissée au publicitaire pour la publicité faite en faveur de l'alcool²²⁸¹. Les restrictions à une telle publicité semblent difficiles à concilier avec le but recherché de donner envie au consommateur d'acheter le produit. Les juges doivent donc déterminer si les créations publicitaires correspondent ou non aux exigences légales, cette appréciation pouvant être subjective. Ainsi, à propos d'une même affiche, il arrive que les juges du fond et ceux de la

²²⁷⁷ Article 3511-3 du code de la santé publique : « *La propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur du tabac, des produits du tabac ou des ingrédients définis au deuxième alinéa de l'article L. 3511-1, ainsi que toute distribution gratuite ou vente d'un produit du tabac à un prix inférieur à celui mentionné à l'article 572 du code général des impôts sont interdites.*

Ces dispositions ne s'appliquent pas aux enseignes des débits de tabac, ni aux affichettes disposées à l'intérieur de ces établissements, non visibles de l'extérieur, à condition que ces enseignes ou ces affichettes soient conformes à des caractéristiques définies par arrêté interministériel (...) ».

²²⁷⁸ Description donnée par J. RAYNAUD, à propos de Cass. Crim. 3 mai 2006, bull. crim., n°118, com. B. BOULOC, « Publicité illicite en faveur du tabac. Décoration de paquets de cigarettes », *RTD com*, 2006, p. 929 ; C. RONDEY, « Publicité pour le tabac sur un paquet de cigarettes : encore une publicité interdite », *AJ pénal* 2006, p. 362 ; J. RAYNAUD, « La lutte contre le tabagisme des jeunes justifie des atteintes aux droits des fabricants de cigarettes », *JCP E*, n°25, 21 juin 2007, 1789

²²⁷⁹ Cass. Crim. 11 janvier 2005, n°04-80.907, JurisData n°2005-026729

²²⁸⁰ Cass. Crim. 3 novembre 2010, n°09-88.599, comm. G. RAYMOND, « Caractérisation d'une publicité illicite pour le tabac », *contr. concurr. conso.* n°3, mars 2011, comm. 83

²²⁸¹ Article L. 3323-4 du code de la santé publique : « *La publicité autorisée pour les boissons alcooliques est limitée à l'indication du degré volumique d'alcool, de l'origine, de la dénomination, de la composition du produit, du nom et de l'adresse du fabricant, des agents et des dépositaires ainsi que du mode d'élaboration, des modalités de vente et du mode de consommation du produit.*

Cette publicité peut comporter des références relatives aux terroirs de production, aux distinctions obtenues, aux appellations d'origine telles que définies à l'article L. 115-1 du code de la consommation ou aux indications géographiques telles que définies dans les conventions et traités internationaux régulièrement ratifiés. Elle peut également comporter des références objectives relatives à la couleur et aux caractéristiques olfactives et gustatives du produit.

Le conditionnement ne peut être reproduit que s'il est conforme aux dispositions précédentes.

Toute publicité en faveur de boissons alcooliques, à l'exception des circulaires commerciales destinées aux personnes agissant à titre professionnel ou faisant l'objet d'envois nominatifs ainsi que les affichettes, tarifs, menus ou objets à l'intérieur des lieux de vente à caractère spécialisé, doit être assortie d'un message de caractère sanitaire précisant que l'abus d'alcool est dangereux pour la santé ».



cour de cassation ne soient pas du même avis. Par exemple, la Cour d'appel d'Orléans, allant à l'encontre de la décision de la cour de cassation²²⁸², a estimé que les images, représentant un personnage en habit d'époque du XVIIIe siècle, dessinées par l'illustrateur de la bande dessinée « Blake et Mortimer », ne contenaient pas une évocation d'ambiance incitant à la consommation, mais seulement le monde artisanal dans lequel est né le produit²²⁸³.

Il semble qu'il s'agisse d'un infléchissement de la loi, dans la mesure où les publicités en cause, plus que de rappeler les conditions de fabrication, leur lieu, font appel à l'univers de l'artiste les ayant réalisées, clairement identifiable et attrayant. Si évoquer l'origine du produit est licite, cette solution est discutable²²⁸⁴.

Dans le sens contraire, la cour d'appel de Paris a en revanche estimé que la publicité pour une marque de bière était illicite, car elle avait un caractère incitatif, au lieu de se limiter à « *distinguer leur produit de ceux de la concurrence* »²²⁸⁵. En l'espèce, la publicité promettait un « *instant unique* », les termes « *saveur, onctuosité, dégustation, pression, bulles légères, mousse onctueuse* » entouraient le verre et la canette représentés sur la publicité. Le TGI de Paris affirmait que la publicité « *ne peut être réduite à de l'information* » et que par nature, elle est « *destinée à donner à une image valorisante d'un produit et à inciter à son achat* »²²⁸⁶, mais la Cour d'appel a estimé qu'il s'agissait d'une publicité de nature à inciter de manière abusive à la consommation de bière, ces termes ne pouvant être considérés comme des éléments objectifs et d'information.

²²⁸² CA Orléans, ch. des appels correctionnels, 5 avril 2011 : la cour de cassation a une première fois cassé l'arrêt d'appel, qui confirmait le jugement du tribunal correctionnel. La cour d'appel de renvoi a confirmé la décision des juges du fond. La cour de cassation a annulé l'arrêt (voir cass. crim, 26 janvier 2010, n° de pourvoi : C1000559 ; com. J.-H. ROBERT, « Publicité éthyliquement correcte », *Droit pénal*, avril 2010, n°4, p.46 ; E. DREYER, « Un an de droit de la publicité » ; *com. com. électr.*, juillet 2010, n°7, chronique n°7, p. 14) et a renvoyé l'affaire devant la CA d'Orléans.

²²⁸³ CA Orléans, ch. des appels correctionnels, 5 avril 2011, ANPAA c/ A. Champa et a. : com. 283-24, « La réglementation de la publicité en faveur de l'alcool doit laisser la place à la « création » publicitaire », *Légipresse*, n°283, mai 2011, p. 277 ; E. ANDRIEU, « Publicité en faveur des alcools : aller au bout du raisonnement », *Légipresse*, n°284, juin 2011, p. 362

²²⁸⁴ E. ANDRIEU, comm. sous CA Paris, pôle 5, ch.11, 4 mars 2011, Brasseries Kronenbourg c/ ANPAA et CA Orléans, ch. des appels correctionnels, 5 avril 2011, « Publicité en faveur des alcools : aller au bout du raisonnement », *Légipresse*, n°284, juin 2011, p. 364, n°8 : Pour l'auteur, le raisonnement suivi par la CA d'Orléans permet « *d'éviter l'hypocrisie judiciaire* », en ce qu'elle autorise une publicité qui, bien qu'« *informant* » le public, est évocatrice.

²²⁸⁵ CA Paris, pôle 5, ch.11, 4 mars 2011, Brasseries Kronenbourg c/ ANPAA ; comm. E. ANDRIEU, *op. cit.* p. 362

²²⁸⁶ TGI Paris, réf. 16 février 2010, F. GRAS, « Publicité en faveur de boissons alcoolisées. Séduction et incitation : l'abstinence s'impose », *Légipresse* mai 2010, n°272, III, p. 34 ; E. ANDRIEU, *op. cit.* p. 362



Pour E. ANDRIEU, cette dernière solution est critiquable, dans la mesure où la publicité est nécessairement incitative, c'est dans la nature même de cette notion²²⁸⁷.

Il est dès lors difficile de comprendre ce qui est admissible ou non.

473. Liberté de création des marques limitée. La protection de la santé peut également limiter la liberté des créateurs de marques²²⁸⁸. Ainsi, une marque complexe enregistrée pour des alcools reprenant la vignette de marques de tabac a été annulée²²⁸⁹.

474. La limite de la liberté des créateurs d'œuvres d'art. La restriction à la liberté de création s'applique aux marques, à la publicité, mais également aux créations artistiques, que l'image dans laquelle la cigarette est représentée constitue une publicité ou non, ce qui est clairement plus contestable. Certains personnages sont désormais représentés sans leur cigarette, comme cela a été le cas sur plusieurs affiches de film, ou encore sur un catalogue d'exposition²²⁹⁰. Par exemple, l'affiche du film consacré à Gainsbourg a été retirée à cause des volutes de fumée s'échappant de la bouche de l'acteur, de même, la pipe de Jacques Tati a été remplacée par un moulin à vent sur une affiche de film...

475. Critique. Ne s'agit-il pas là d'une position absolutiste ?²²⁹¹ En effet, dans les cas cités, « *les attributs du tabac* » font notoirement partie intégrante de la personnalité de ces personnages illustres. L'autorité de régulation professionnelle de la publicité a d'ailleurs suggéré de les tolérer « *pour des campagnes publicitaires promouvant des manifestations ou des produits culturels (expositions, disques, films...)* »²²⁹². A ce propos, J.-M. BRUGUIERE a

²²⁸⁷ E. ANDRIEU, *op. cit.* p. 364, n°8.

²²⁸⁸ Cette restriction est issue de la loi Evin, n°91-32. L'interdiction est contenue dans les dispositions des articles L. 3511-3 et L. 3511-4 du code de la santé publique. L'article L. 3511-3 al. 1 du code de la santé publique dispose que « *La propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur du tabac, des produits du tabac ou des ingrédients définis au deuxième alinéa de l'article L. 3511-1 ainsi que toute distribution gratuite ou vente d'un produit du tabac à un prix de nature promotionnelle contraire aux objectifs de santé publique sont interdites* ». Les marques sont visées à l'article L. 3511-4 al. 1 du code de la santé publique : « *Est considérée comme propagande ou publicité indirecte la propagande ou la publicité en faveur d'un organisme, d'un service, d'une activité, d'un produit ou d'un article autre que le tabac, un produit du tabac ou un ingrédient défini au deuxième alinéa de l'article L. 3511-1 lorsque, par son graphisme, sa présentation, l'utilisation d'une marque, d'un emblème publicitaire ou un autre signe distinctif, elle rappelle le tabac, un produit du tabac ou un ingrédient défini au deuxième alinéa de l'article L. 3511-1* ».

²²⁸⁹ TGI Paris, 28 juin 1990, *PIBD* 1980, III, p. 727

²²⁹⁰ Voir par exemple, Jean-Paul Sartre sans cigarette sur le catalogue de l'exposition qui lui était consacrée : *Sartre*, Collection Livres d'art, BnF/Gallimard, 2005

²²⁹¹ Ch. CARON, « Dieu (n') est (plus) un fumeur de havanes », *comm. comm. électr.*, n°1, janvier 2010, repère 1

²²⁹² voir J.-M. BRUGUIERE, F. DUMONT, « La question prioritaire de constitutionnalité dans le droit de la propriété intellectuelle », *comm. comm. électr.*, n° 5, Mai 2010, étude 10, n°29. Une proposition de loi, retirée par la suite par son auteur avait également pour objectif d'insérer une exception à la loi Evin pour les œuvres artistiques ou culturelles lorsqu'elles « *ne sont pas financées directement ou indirectement par l'industrie du tabac et n'ont pas pour objet d'en faire la publicité ou la propagande* » : proposition n°2972 déposée le 18



affirmé que « *la lutte contre le tabagisme conduit (...) à ... nuire à la création artistique* ». Le projet de loi prévoyant une exception à la loi Evin pour les œuvres « *artistique ou culturelles* » a été retiré. Cela pose d'autant plus problème que l'atteinte paraît « *disproportionnée par rapport aux objectifs poursuivis* »²²⁹³.

La santé publique n'est pas qu'une cause de restriction de la liberté de création. Elle peut parfois la justifier (§ 2).

§ 2 : La santé publique, justifiant la liberté de création

476. La santé publique, justifiant la liberté de création des critiques de marques de tabac. La parodie de marque est également justifiée par la protection de la santé publique²²⁹⁴. La création n'est ici qu'un moyen d'expression. Ainsi, l'utilisation détournée de décors de paquets de cigarettes dans une campagne publicitaire de lutte contre le tabagisme est licite²²⁹⁵. Plusieurs marques avaient été parodiées, notamment la marque Camel. Sur les affiches et timbres en question, le slogan anti-tabac était inscrit à la place de la marque. L'image représentait le « *dromadaire efflanqué reposant à terre sur ses membres repliés ; – le nuage de fumée s'échappant de la cigarette placée entre les lèvres de l'animal avait la forme d'une tête de mort ; – l'animal s'exprimait ainsi : « La clope c'est pire que la traversée du désert... »* »²²⁹⁶. La cour a estimé que la parodie des marques « *à titre d'illustration, sur un mode humoristique* » était licite. L'association ayant créé ces affiches et timbres avait en effet agi « *dans un but de santé publique, par des moyens proportionnés à ce but, n'avait pas abusé de son droit de libre expression* »²²⁹⁷.

novembre 2010, citée par E. ANDRIEU, « Retoucher l'histoire est mauvais pour la santé publique », *Légipresse*, n°280, février 2011, act. p. 71-72.

²²⁹³ J.-M. BRUGUIERE, *propriétés intellectuelles*, avril 2011, n°39, chron. p. 183 : à propos de la proposition de loi visant à concilier la préservation de l'intégrité des œuvres culturelles et artistiques avec les objectifs de lutte contre le tabagisme. Assemblée nationale n°2972. Le projet de loi du 18 novembre 2010 a été retiré.

²²⁹⁴ Pour l'évolution voir le paragraphe sur la parodie : voir *supra* n° 295 et suiv.

²²⁹⁵ Cass. 2^e civ., 19 octobre 2006, n° 05-13.489, Juris-Data n° 2006-035397, com. F. POLLAUD-DULIAN, « Protection de la marque et droit de liberté d'expression d'une association dans le cadre d'une campagne anti-tabac », *JCP G*, n° 48, 29 Novembre 2006, II 10195 ; P. TREFIGNY, « Prompt rétablissement au dromadaire ! », *Propriété industrielle* n°1, janvier 2007, comm. 5 ; J. RAYNAUD, « La lutte contre le tabagisme des jeunes justifie des atteintes aux droits des fabricants de cigarettes », *JCP E*, n°25, 21 juin 2007, 1789

²²⁹⁶ Cass. 2^e civ., 19 octobre 2006, n° 05-13.489, Juris-Data n° 2006-035397

²²⁹⁷ *Ibid.*



L'intérêt général commande la protection de la santé publique. La préservation de l'ordre moral peut également être opposée à la liberté de création, par le biais de la « dignité humaine », qui est une valeur supérieure, un principe constitutionnel (section 3).

Section 3 : La dignité humaine et la liberté de création

477. Il s'agit d'une notion qui présente de multiples aspects qu'il est nécessaire d'aborder (§ 1), avant d'envisager quelle restriction elle apporte à la liberté de création (§ 2).

§ 1 : La notion de dignité humaine

478. **Définition et critique.** Pour E. DREYER, la définition en est simple, « *la dignité correspond à l'essence de l'homme ; c'est ce qui permet de distinguer l'homme de l'animal et des choses en général* »²²⁹⁸. Son atteinte résulte donc de l'exclusion « *d'un individu ou d'un groupe d'individus de la famille humaine* »²²⁹⁹.

La protection de la dignité humaine vise à éviter « *tout traitement dégradant, lequel est défini comme celui qui humilie grossièrement l'individu devant autrui ou le pousse à agir contre sa volonté ou sa conscience, ou encore qui provoque un abaissement du rang, de la situation ou de la réputation de celui qui en est l'objet aux yeux d'autrui ou à ses propres yeux* »²³⁰⁰.

Cette notion est relativement récente²³⁰¹. Il s'agit d'une notion, d'un concept qui n'est pas complètement autonome. Comme tous concepts, ils « *se raccordent les uns avec les autres, se recoupent les uns les autres, coordonnent leurs contours, composent leurs problèmes respectifs* »²³⁰². Il a été utilisé dans plusieurs situations. L'étendue du concept a suscité des

²²⁹⁸ E. DREYER, « La dignité opposée à la personne », *Dalloz*, 2008, p. 2730, n°1

²²⁹⁹ B. EDELMAN, « La dignité humaine ne relève pas des droits de l'Homme », in M.-A. HERMITTE (sous la dir.) *La liberté de la recherche et ses limites, approches juridiques*, éd. Romillet, 2001, p. 139 et suiv. (149)

²³⁰⁰ Cité par S. DUPUY-BUSSON, « La clarification des objectifs de délivrance des visas d'exploitation des films. Une garantie pour la liberté d'expression cinématographique ? », *Légipresse*, n°279, janvier 2011, chron. p. 18, spéc. p. 20 : CEDH 25 avril 1978, *Typen*, Série A, n°26

²³⁰¹ A. LEPAGE, V° « Droits de la personnalité », *Rép. Civ. Dalloz*, 2010, n° 18 ; B. EDELMAN, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *Dalloz*, 1997, p. 185, n°2

²³⁰² Tiré de B. EDELMAN, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *Dalloz*, 1997, p. 185, n°1 : cite G. DELEUSE et F. GUATTARI, *Qu'est-ce que la philosophie ?*, Ed. minuit, 1991, cf. le chapitre : « Qu'est-ce qu'un concept ? ». Ce constat peut également s'effectuer à propos de la liberté de création et des liens qu'elle entretient avec la liberté d'expression, la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté de la recherche...



critiques. Ainsi, pour certains, la dignité humaine peut trouver application dans la « *protection de l'embryon ou à la fin de la vie* », les « *occurrences visant un asservissement* »²³⁰³. En revanche, le droit au logement décent ou encore la liberté publicitaire seraient de « *mauvaises* » applications de la dignité humaine²³⁰⁴. La diversité des cas dans lesquels la dignité serait en cause conduit à s'interroger sur ce qu'elle représente²³⁰⁵.

Ce concept revêt une importance particulière, il s'agirait d'un « *contrepoids nécessaire* », indispensable lorsque l'on observe l'impuissance des droits de l'homme « *à défendre l'individu contre les dangers contemporains qui le menacent* »²³⁰⁶. B. EDELMAN fait ici référence aux dangers qu'il estime venir de la biomédecine ou « *des excès du marché* »²³⁰⁷. Il s'agit d'une limite morale.

C'est un concept qui peut également être décrit, il est une limite à la liberté. B. EDELMAN parle d'un « *rempart contre un libéralisme sauvage* »²³⁰⁸. E. DREYER fait référence à l'ordre moral qu'instaurerait le recours à la notion de dignité pour contraindre les individus à agir dans le respect des devoirs qui la caractérise²³⁰⁹. Celui-ci dénonce le fait qu'opposer la dignité à chacun lui ôte sa liberté, alors qu'à l'origine ce qui distingue l'homme de l'animal c'est sa capacité de raison. La dignité est caractérisée par le premier attribut de l'être humain, sa liberté²³¹⁰. Le recours à ce concept est contestable lorsqu'il s'agit de condamner quelqu'un dont le comportement a été indigne et non en raison de l'atteinte portée à une autre personne, (ou encore un trouble à l'ordre public)²³¹¹.

479. Domaines d'application et dispositions protégeant la dignité. La notion de dignité se retrouve dans de nombreuses branches du droit²³¹², comme le droit administratif, le

²³⁰³ Tiré de B. EDELMAN, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *Dalloz*, 1997, p. 185, n°14

²³⁰⁴ *Ibid.*

²³⁰⁵ E. DREYER, « La dignité opposée à la personne », *Dalloz*, 2008, p. 2730, n°7

²³⁰⁶ B. EDELMAN, note sous CA Paris, 1^{re} ch. A, 28 mai 1996, « Publicité et dignité humaine », *Dalloz*, 1996, p. 617, n°17

²³⁰⁷ *Ibid.*

²³⁰⁸ B. EDELMAN, note sous CA Paris, 1^{re} ch. A, 28 mai 1996, « Publicité et dignité humaine », *Dalloz*, 1996, p. 617, n°22

²³⁰⁹ E. DREYER, « La dignité opposée à la personne », *Dalloz*, 2008, p. 2730, n°7

²³¹⁰ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, 1964, 3^e éd., n°40, cité par E. DREYER, « La dignité opposée à la personne », *Dalloz*, 2008, p. 2730, n°9

²³¹¹ Voir les exemples cités par E. DREYER, « La dignité opposée à la personne », *Dalloz*, 2008, p. 2730

²³¹² La dignité s'est diffusée : M.-L. PAVIA, « La dignité de la personne humaine », in *Liberté et droits fondamentaux*, 18^e éd., 2012, Dalloz p. 167 et suiv.



droit de la santé, le droit de la presse, la propriété industrielle... Elle est présente dans plusieurs textes de loi²³¹³.

On la retrouve par exemple dans les dispositions du nouveau code pénal, entré en vigueur le 1^{er} mars 1994, où un chapitre est consacré à la répression des atteintes à la dignité de la personne.

Le code de procédure pénale protège également la dignité de la personne humaine lorsque celle-ci est confiée au service public pénitentiaire²³¹⁴.

La dignité humaine a également été introduite par les lois sur la bioéthique du 29 juillet 1994, insérant notamment un nouvel article 16 dans le code civil qui dispose que la loi « (...) *interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ». La dignité implique l'inviolabilité du corps humain et le respect de son intégrité garantis par les articles 16-1 et suivants du code civil²³¹⁵.

En matière médicale, le code de la santé publique évoque la dignité du malade²³¹⁶ ou celle du mourant²³¹⁷, et « *précise que la dignité implique le principe du consentement en matière médicale* »²³¹⁸.

La lutte contre les exclusions semble également relever de la dignité humaine²³¹⁹.

²³¹³ L'article 16 du code civil dispose que « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ». Dans le code pénal, les articles 131-5-1, 222-33-2 relatif au harcèlement moral, un chapitre du même code est consacré aux « *atteintes à la dignité de la personne* » (qui regroupe notamment la traite des êtres humains (article 225-4-1), le respect dû aux morts, la discrimination (article 225-1), les conditions de travail et d'hébergement contraire à la dignité (article 225-14), le bizutage, le respect dû aux morts... La dignité est également mentionnée à propos de la mise en péril des mineurs : article 227-24.

²³¹⁴ Voir notamment article 716 du code de procédure pénale *in fine* : « *Lorsque les personnes mises en examen, prévenus et accusés sont placés en cellule collective, les cellules doivent être adaptées au nombre des personnes détenues qui y sont hébergées. Celles-ci doivent être aptes à cohabiter. Leur sécurité et leur dignité doivent être assurées* ».

²³¹⁵ Article 16-1-1 du code civil : « *Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence* ».

²³¹⁶ Article 1110-2 du code de la santé publique (CSP) : « *La personne malade a droit au respect de sa dignité* ».

²³¹⁷ Article 1110-5 al. 2 CSP : « *Ces actes ne doivent pas être poursuivis par une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris. Dans ce cas, le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10* ». Voir également l'article L. 1110-10 CSP pour les personnes en soins palliatifs.

²³¹⁸ M. CANEDO-PARIS, « La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé », *RFDA* 2008, p. 979. Article 16-3 du code civil : « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui* » et article L. 111-4 CSP.



La publicité audiovisuelle est concernée. Ainsi, le décret du 12 novembre 1992 interdit notamment la publicité contraire à la dignité humaine²³²⁰.

Toutes ces dispositions n'affectent pas forcément la liberté de création. Cependant plusieurs d'entre elles limitent cette liberté, qu'il s'agisse de création artistique, ou plus encore de création en matière de bioéthique²³²¹.

C'est en 1994 que pour la première fois le Conseil constitutionnel s'est référé à la dignité, en déclarant que « *la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* »²³²². Ce concept est issu du droit international²³²³.

L'article 16 du code civil, est prolongé par l'article 16-1-1 du même code qui étend la protection de la dignité au-delà de la mort. La cour de cassation a sur ce fondement condamné l'exposition de cadavre dans un arrêt du 16 septembre 2010²³²⁴.

Elle peut être rapprochée des droits de la personnalité²³²⁵. Ces droits ne protègent pas pour autant les mêmes aspects de la personne²³²⁶. Elle peut également être invoquée avec le droit à l'image des personnes²³²⁷.

²³¹⁹ Loi d'orientation n°98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions, article 1^{er} : « *la lutte contre les exclusions est un impératif national fondé sur le respect de l'égale dignité de tous les êtres humains et une priorité de l'ensemble des politiques publiques de la nation* » (désormais art. L. 115-2 al. 1 du code de l'action sociale et des familles). Voir M. CANEDO-PARIS, « La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé », *RFDA* 2008, p. 979

²³²⁰ Décret n°92-280 du 27 mars, pris pour l'application des articles 27 et 33 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986, modifié par le décret n°2010-1379 du 12 novembre 2010 (article 4) : l'article 3 dispose en effet que « *La publicité doit être conforme aux exigences de véracité, de décence et de respect de la dignité de la personne humaine.*

Elle ne peut porter atteinte au crédit de l'État ».

²³²¹ La question de la bioéthique a été soulevée en raison du développement des biotechnologies dans les années soixante. Le mot lui-même est né au début des années soixante-dix dans un article médical et un ouvrage du même auteur (R. Potter), puis en 1971 dans un article du *New York Times*, citant ce médecin : L. BEAROYO, « L'émergence de la bioéthique », in E. HIRSCH (sous la dir.), *Traité de bioéthique, tome 1 : Fondements, principes, repères*, éd. Erès, 2010, p. 95 et suiv.

²³²² Cons. const. n° 94-343-344 DC 27 juill. 1994

²³²³ E. PIERRAT, *Antimanuel de droit*, éd. Bréal, 2007, ch. 8 : « De l'honneur à la dignité », p. 374 et suiv., spé. p. 375. Les textes reconnaissant la dignité humaine : Pacte international relatif aux droits civils et politiques conclu à New York le 16 décembre 1966 : « *Les Etats parties au présent Pacte, considérant que, conformément aux principes énoncés dans la Charte des Nations Unies, la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde, reconnaissant que ces droits découlent de la dignité inhérente à la personne humaine (...)* ».

²³²⁴ Cass. 1^{re} civ., 16 septembre 2010, n° 09-67.456, com. A. TRICOIRE, *Légipresse*, novembre 2010, p. 363

²³²⁵ A. LEPAGE, V° « Droits de la personnalité », *rép. civ. Dalloz*, 2010, n° 17-20 ; Pour certains, la dignité fonde les droits de la personnalité : E. DREYER, « Image des personnes », *J.-Cl. Communication*, fasc. 3750, 2008, n° 21 ; G. LOISEAU, *Le nom objet d'un contrat*, 1997, L.G.D.J., n°135

²³²⁶ A. LEPAGE, *Droits de la personnalité, rép. civ.*, 2010, n° 20



480. Valeur. Il s'agit d'un principe à valeur constitutionnelle. Le conseil constitutionnel a affirmé la valeur constitutionnelle du droit à la dignité de la personne humaine à propos de deux lois, l'une relative au respect du corps humain et l'autre relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal²³²⁸.

Pour certains, le concept de dignité « *ne devrait jamais être mis en concurrence avec un autre principe* »²³²⁹.

La dignité humaine a également été mentionnée par la déclaration universelle des droits de l'homme²³³⁰, la convention relative aux droits de l'enfant²³³¹, le pacte relatif aux droits civils et politiques²³³², la convention européenne des droits de l'homme²³³³.

Il n'est pas considéré comme un droit de l'homme par B. EDELMAN. En effet, la dignité doit être considérée comme l'essence de l'humanité comprise comme étant « *ce qui permet la reconnaissance d'une appartenance à un même « genre » : le genre humain* »²³³⁴. Cette analyse est issue du procès Barbie. Pour E. DREYER, il semble que cela ne soit pas la bonne démarche. En effet, il ne doit pas y avoir de portée générale à ce concept. Notamment, le fait que la dignité soit opposable au sujet n'est pas pour l'auteur cohérent ou légitime²³³⁵. C'est la morale qui est réintroduite dans le droit avec le recours au concept de dignité humaine²³³⁶.

²³²⁷ Voir par exemple TGI Paris, ord. réf., 29 oct. 2008, N. Sarkozy c/ SARL Tear Prod : JurisData n° 2008-001800, comm. E. DERIEUX, « Poupée vaudou : liberté d'expression et de création et droit à l'image et à la dignité », *JCP G*, n° 7, 11 Février 2009, II 10026.

²³²⁸ Voir décision 94-343-344 DC, 27 juillet 1994, B. MATHIEU, « Bioéthique : un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science », *RFDA* 1994, p. 1019 ; B. MATHIEU, note sous Cons. Const., 27 juillet 1994, « Conformité à la Constitution des lois relatives au respect du corps humain et au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal », *Dalloz* 1995, p. 237 ; B. EDELMAN, « Le Conseil constitutionnel et l'embryon », *Dalloz* 1995, chron. p. 205

²³²⁹ B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *Dalloz* 1995, chron., p. 211

²³³⁰ Article 22 de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1949 : « *Toute personne, en tant que membre de la société, a droit à la sécurité sociale ; elle est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité, grâce à l'effort national et à la coopération internationale, compte tenu de l'organisation et des ressources de chaque pays* ».

²³³¹ Article 39 de la convention relative aux droits de l'enfant de 1959

²³³² Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, entrée en vigueur le 23 mars 1976, conformément aux dispositions de l'article 49, préambule.

²³³³ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rome, 1950, protocole n° 13 à la convention, relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances, Vilnius, 3.5.2002

²³³⁴ B. EDELMAN, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *Dalloz*, 1997, p. 185, n°s 10-11

²³³⁵ E. DREYER, « La dignité opposée à la personne », *Dalloz*, 2008, p. 2730, n°5

²³³⁶ E. DREYER, *op. cit.*, n°13



La généralité de la notion de dignité humaine en fait une limite qui peut affecter de nombreuses créations, à la fois dans le domaine artistique, mais aussi scientifique ou commercial (§ 2).

§ 2 : La liberté de création limitée par la dignité humaine

481. La restriction à la liberté de création par la dignité humaine est variable lorsqu'il s'agit d'œuvres de l'esprit (1). La finalité purement économique semble en effet prise en compte pour évaluer l'atteinte à la dignité. En matière de recherche et de création dans le domaine médical, la dignité est préservée en raison des questions éthiques que cela soulève (2).

1. La dignité confrontée à la liberté de création, œuvre de l'esprit

482. La dignité humaine peut être invoquée dans des situations très différentes. En matière de création artistique, plus particulièrement de cinéma elle est susceptible de limiter la liberté de création. Cependant, il s'agit d'un droit désormais peu restrictif.

483. L'application de la dignité humaine par les juges. La dignité humaine peut conduire à couper certains plans de film. Ainsi, dans une affaire en date du 14 mai 1974, une actrice a demandé la suppression de certaines scènes du film car elles portaient atteinte à la dignité humaine. La cour a interdit la projection du plan en question sous peine de saisie du film. Pour les commentateurs de la décision, « *la liberté créatrice du réalisateur doit se couler dans les limites techniques, humaines et financières que doivent respecter toutes les personnes qui apportent leur concours à l'élaboration du film* »²³³⁷. Il ne s'agissait pas en l'espèce de l'exercice d'un droit collectif, mais individuel, comme le recours au droit à l'image par exemple.

La confrontation de la liberté de création à la dignité humaine, comme limite intéressant toute une catégorie de la population, existe en revanche lors de l'attribution du visa d'exploitation des films. Ainsi, la dignité humaine est prise en compte pour les visas d'exploitation des films. Le nouvel article L. 211-1 al. 2 du CCIA dispose que le visa d'exploitation des films « *peut être refusé ou sa délivrance subordonnée à des conditions pour des motifs tirés de la protection de l'enfance et de la jeunesse ou du respect de la dignité humaine* ». Dans le même

²³³⁷ TGI Paris, 14 mai 1974, note M. GAUTREAU, Ph. LETTE, *RIDA* juillet 1974, p. 147



sens, certains avaient suggéré que montrer un viol dans un film était contraire à la dignité humaine²³³⁸.

Cette remarque avait été faite à propos du film « Baise-moi ». Le Conseil d'Etat a jugé que ce film n'était pas attentatoire à la dignité humaine²³³⁹. Cette solution a été maintenue dans deux autres films qui comportaient des scènes de sexe non simulées²³⁴⁰. Elle constitue donc une limite peu attentatoire à la liberté de création. Le caractère artistique de la création semble pris en considération. En effet, la création publicitaire ne bénéficie pas d'une telle clémence.

484. La dignité humaine et la liberté de création publicitaire. La dignité humaine a limité la liberté de création en matière de publicité. Ainsi, l'affaire Benetton est un exemple de la limite qu'est la dignité humaine à la liberté de création. Dans cette affaire, les publicités de Benetton montraient des parties de corps humain avec l'inscription « HIV-positive ». L'atteinte à la dignité humaine résulte dans ce cas de la discrimination « *entendue comme* » toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur état de santé, de leur handicap... » ». En l'occurrence la discrimination est génératrice d'exclusion, et à ce titre constitue une atteinte à la dignité²³⁴¹. L'atteinte à la vie privée n'était pas envisageable en l'espèce parce que ces atteintes ne peuvent être que « *les seules atteintes subies personnellement par le titulaire du droit concerné* ». La cour d'appel a confirmé le jugement en affirmant que l'atteinte à la dignité consistait en un abus de la liberté d'expression²³⁴². Pour B. EDELMAN, il ne faut pas permettre aux publicitaires de traiter n'importe quel problème. En effet, la création publicitaire a une finalité purement économique, et les problèmes posés le sont « *du point de*

²³³⁸ Cité par S. DUPUY-BUSSON, « La clarification des objectifs de délivrance des visas d'exploitation des films. Une garantie pour la liberté d'expression cinématographique ? », *Légipresse*, n°279, janvier 2011, chron., p. 18, spéc. p. 20 : le film Baise-moi de Virginie Despentes et Coralie Trin-Tih.

²³³⁹ Conseil d'Etat, sous-sections 2 et 1 réunies, 14 Juin 2002, n° 237910. (La mesure d'interdiction aux mineurs de moins de seize ans a été annulée : CE, 30 juin 2000, req. n°222194, 222195)

²³⁴⁰ A propos des films « Le pornographe », CE référé, 30 octobre 2001, Association promouvoir, n° 239253, dont la mesure d'interdiction aux moins de 16 ans a été validée : CE, 13 novembre 2002, req. n°239254, et « Ken Park », dont le visa d'interdiction aux mineurs de moins de seize ans a été annulé, CE, 4 février 2004, req. n°261804

²³⁴¹ B. EDELMAN, note sous Jugement rendu par TGI Paris, 1^{re} ch., 1^{er} février 1995, « Il n'y a pas d'atteinte à la vie privée lorsque la personne qui s'estime lésée ne subit pas elle-même le manquement reproché, mais est dans une situation analogue. La liberté d'expression dégénère en abus de droit lorsqu'une campagne publicitaire exploite la souffrance des malades du SIDA en affichant des corps humains marqués de la mention HIV », *Dalloz* 1995, p. 569, n°11 ; CA Paris, 28 mai 1996, B. EDELMAN, « Publicité et dignité humaine », *Dalloz*, jurispr. 1996, p. 617

²³⁴² CA Paris, 28 mai 1996, comm. B. EDELMAN, « Publicité et dignité humaine », *Dalloz*, jurispr. p. 617



vue de l'économie de marché »²³⁴³. L'utilisation de l'abus n'est pas pour lui suffisant pour limiter la liberté de création dans ce domaine²³⁴⁴.

La liberté de création est davantage restreinte par la dignité humaine lorsqu'il s'agit de modifier le corps humain. Ainsi, la liberté de recherche et de création, dans le domaine médical, peut être limitée par la dignité humaine (2).

2. La dignité humaine confrontée à la liberté de la recherche et de création dans le domaine médical

485. Dignité et liberté de la recherche. Les répercussions sur la liberté de création.

La dignité humaine revêt une importance particulière lorsque l'on envisage la création scientifique. C'est d'ailleurs la nécessité de protéger l'embryon qui a conduit à recourir à la notion de dignité humaine²³⁴⁵. Cela est critiquable pour E. DREYER qui souligne que l'embryon est une chose, et que « *définir la dignité humaine par référence à un patrimoine génétique (...) c'est réduire l'homme à ses caractéristiques biologiques et légitimer, de proche en proche, tous ceux qui ont un intérêt à le réifier* »²³⁴⁶.

Ce que limite la dignité humaine, c'est la liberté de la recherche. Elle peut conduire à la création. En effet, la recherche scientifique peut avoir pour résultat une invention²³⁴⁷.

B. EDELMAN souligne que « *l'homme est, au sens fort, un « créateur », et la science et la recherche ne sont que des expressions parmi d'autres, de notre faculté de création* »²³⁴⁸. Mais il montre également que certains textes font dépendre la liberté de la recherche de la liberté de pensée, ou encore d'une liberté politique, de participer au progrès²³⁴⁹. L'auteur en déduit que la recherche scientifique participe de toutes ces libertés. Il y a donc un lien entre liberté de création et liberté de la recherche, même si ces deux libertés ne peuvent être assimilées. La

²³⁴³ B. EDELMAN, note sous CA Paris, 1^{re} ch. A, 28 mai 1996, « Publicité et dignité humaine », *Dalloz*, 1996, p. 617, n°6

²³⁴⁴ B. EDELMAN, note sous CA Paris, 1^{re} ch. A, 28 mai 1996, « Publicité et dignité humaine », *Dalloz*, 1996, p. 617

²³⁴⁵ E. DREYER, « La dignité opposée à la personne », *Dalloz*, 2008, p. 2730, n°11

²³⁴⁶ *Ibid.*

²³⁴⁷ « Principe de précaution et gestion responsable des risques », in Assemblée parlementaire Conseil de l'Europe, *documents de séance session ordinaire de 2007 (première partie) 22-26 janvier 2007, vol. II, doc. 11110-11163*, éd. du Conseil de l'Europe, 2007, p. 165 et suiv., n° 29. Peut être consulté sur le site du Conseil de l'Europe, J. RANDEGGER, document de travail, doc. 11119, 21 décembre 2006, consulté le 14 avril 2013 : <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileID=11398&Language=FR>

²³⁴⁸ B. EDELMAN, « La dignité humaine ne relève pas des droits de l'Homme », in M.-A. HERMITTE (sous la dir.) *La liberté de la recherche et ses limites, approches juridiques*, éd. Romillet, 2001, p. 139 et suiv. (139)

²³⁴⁹ B. EDELMAN, *op. cit.* p.140 : le rattachement à la création serait issu de du pacte relatif aux droits économiques et sociaux de 1966 par exemple, tandis que la déclaration de l'Unesco sur le génome humain rattache la liberté de la recherche à la liberté de pensée.



liberté de la recherche, comme d'autres libertés est « *consubstantielle* » à d'autres libertés fondamentales²³⁵⁰.

Pour B. EDELMAN, « *la recherche scientifique n'est pas une liberté* »²³⁵¹, elle est « *métajuridique* ». La recherche, en tant qu'acquisition de la connaissance, désignerait la « *nature même de l'homme* », et ne pourrait être limitée par la liberté²³⁵². Il n'y aurait donc pas d'équilibre à effectuer entre la recherche et les autres libertés. Seule serait une liberté, celle consistant à dévoiler les résultats de la recherche, qui serait une liberté d'expression²³⁵³.

Elle est alors limitée par la dignité humaine qui regroupe « *la primauté de la personne humaine ; le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ; l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain et l'interdiction de toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes* »²³⁵⁴.

486. La protection de la dignité face à la médecine et aux biotechnologies. La dignité de l'être humain est également une préoccupation de l'union européenne et du Conseil de l'Europe. Une convention européenne, adoptée en 1997, par les Etats membres du conseil de l'Europe et des autres Etats de l'Union européenne a eu pour objet de protéger la dignité humaine « *à l'égard de l'application de la biologie et de la médecine* »²³⁵⁵. Les rapports entre médecine et dignité humaine envisagés ici sont bien plus larges que la liberté de la recherche ou la liberté de création²³⁵⁶. La liberté de la recherche scientifique est posée comme principe, « *sous réserve des dispositions... qui assurent la protection de l'être humain* »²³⁵⁷. Des dispositions semblables ont été adoptées par la déclaration de l'UNESCO sur le génome humain²³⁵⁸.

Une directive relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques a également été adoptée. Selon le considérant 16 de cette directive, « *le droit des brevets doit s'exercer*

²³⁵⁰ B. MATHIEU, « La liberté de la recherche, droit fondamental constitutionnel et international », in M.-A. HERMITTE (sous la dir.) *La liberté de la recherche et ses limites, approches juridiques*, éd. Romillet, 2001, p. 59

²³⁵¹ B. EDELMAN, *op. cit.* p.146

²³⁵² B. EDELMAN, *op. cit.* p. 147

²³⁵³ B. EDELMAN, *op. cit.* pp. 146-147

²³⁵⁴ Tiré de Cons. Const., 27 juillet 1994, 94-343-344 DC, B. MATHIEU, « La liberté de la recherche, droit fondamental constitutionnel et international », in M.-A. HERMITTE (sous la dir.) *La liberté de la recherche et ses limites, approches juridiques*, éd. Romillet, 2001, p. 67

²³⁵⁵ Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, article 1

²³⁵⁶ Sont notamment envisagés l'information que doit donner le médecin à son patient avant intervention, le consentement du patient (articles 5 et suiv.), le respect de la vie privée (article 10)...

²³⁵⁷ Article 15 de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine de 1997.

²³⁵⁸ Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme, 11 novembre 1997



dans le respect des principes fondamentaux garantissant la dignité et l'intégrité de l'Homme »²³⁵⁹. Cela justifie de limiter la recherche, et notamment la création utilisant des embryons humains²³⁶⁰.

De même, l'atteinte à la dignité humaine peut également résulter de modification de l'être humain. Le Groupe européen d'éthique a estimé que les neuroprothèses en particulier présentaient des « *risques d'atteinte à la dignité humaine, évidents pour des dispositifs implantés à but professionnels ou d'amélioration de la performance (militaire par exemple), mais également pour les dispositifs à but médicaux (questions des implants cochléaires unis ou bilatéraux chez les enfants sourds)* »²³⁶¹.

487. Conclusion du chapitre. La liberté de création peut être confrontée à d'autres droits et libertés fondamentaux. Les juges recherchent alors un équilibre entre les différents droits ou libertés. La liberté de création est notamment susceptible d'être limitée par la liberté de croyance. L'équilibre a évolué, en particulier en matière de film. La liberté de création prévaut le plus souvent, en raison du mode d'accès aux films. Le spectateur doit en effet vouloir le voir pour y être confronté. Cependant, la diffusion de certains films a pu être interdite par les juges européens en raison de l'atteinte aux sentiments religieux, ce qui est dommageable pour la liberté de création. Lorsque la restriction intervient au moment de la diffusion, toutes les créations ne sont pas soumises au même degré de censure. Ainsi, les affiches, visibles par tous sont susceptibles de faire l'objet d'un contrôle plus strict. Désormais, il semble cependant qu'une simple critique, ou le détournement des symboles religieux ne suffise pas, et que seule l'injure soit susceptible de limiter la liberté de création. Les journaux satiriques bénéficient là encore d'une tolérance plus étendue, même si leur liberté de création n'est pas illimitée.

La santé peut également restreindre la création, en particulier publicitaire. Le contrôle repose sur des critères qui sont difficiles à apprécier objectivement. La restriction la plus

²³⁵⁹ Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques

²³⁶⁰ Cette solution est également celle du Conseil de l'Union Européenne, dans son communiqué de presse, 1155/06 (presse 215) du 24 juillet 2006, p. 7, <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/NewsWord/fr/intm/90740.doc>, « la Commission a confirmé qu'elle maintiendra la pratique actuelle et ne soumettra pas au comité de réglementation les propositions de projets comprenant des activités de recherche qui détruisent les embryons humains, y compris aux fins du prélèvement de cellules souches ». (Cité également dans décision de la grande chambre de recours, 25 novembre 2008, G 2 :06 18)

²³⁶¹ A. CLAEYS et J.-S. VIALATTE, *Rapport sur l'évaluation de l'application de la loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, 17 décembre 2008, p. 233



controversée touche les restrictions subies par les œuvres d'art, qui sont elles aussi soumises aux restrictions de la lutte contre le tabac.

Il semble que la dignité est une nouvelle cause de restriction de la liberté de création, remplaçant l'ordre public et la moralité. Dans certains cas critiquables, puisque l'être humain est alors dépossédé de son libre arbitre. Le recours à la dignité humaine fait distinguer la création artistique et la création à but purement économique. Il est également un moyen de tenir compte des préoccupations éthiques posées par le progrès scientifique et la recherche médicale.

488. Conclusion du titre. La liberté de création bénéficie à la société toute entière. Dès lors, la création est parfois encouragée. Il s'agit néanmoins d'une liberté parmi d'autres droits et libertés. La liberté de création peut être limitée dans l'intérêt général, pour des raisons d'ordre public et de bonnes mœurs en particulier. Cette limite est incluse dans les droits de propriété industrielle, mais doit être complétée. En effet, les nouvelles connaissances, techniques, permettent de nouvelles créations dont il est difficile d'évaluer la dangerosité pour l'être humain ou l'environnement. Des limites éthiques sont également posées. L'ordre public et les bonnes mœurs sont en revanche exclus des dispositions du droit d'auteur. C'est une limite désormais restreinte, dont la principale résurgence réside dans la protection des mineurs. Cette dernière justifie un contrôle *a priori* des films. Dans les autres domaines de création, le contrôle est effectué *a posteriori*. La critique principale adressée à la censure actuelle est le détournement du contrôle existant pour la protection de la jeunesse, qui est étendu aux autres créations. Lorsque la liberté de création est confrontée à la liberté de croyance ou à la dignité humaine, elle est le plus souvent préservée. La dignité humaine est cependant protégée plus largement lorsque la création a un but purement économique. En effet, la création artistique bénéficie d'une manière générale, d'une liberté particulièrement étendue. La santé publique constitue également une limite à la liberté de création. La liberté de création est assez largement protégée et la mise en balance des intérêts en présence bénéficie souvent au créateur.



TITRE 2 : LA LIBERTE DE CREATION CONFRONTEE AUX INTERETS INDIVIDUELS

489. L'équilibre est recherché entre les intérêts du créateur et ceux des tiers. Les créateurs, s'inspirant de ce qui existe, peuvent porter atteinte aux intérêts de tiers. En effet, ils peuvent créer, non seulement à partir de l'œuvre de tiers, mais aussi de biens qui appartiennent à quelqu'un d'autre, ou de l'image d'une personne. Les droits de ces derniers pourront donc éventuellement limiter la liberté de création. La liberté de création peut être confrontée à d'autres droits et liberté fondamentaux. Les juges effectuent une balance des intérêts afin de faire prévaloir l'un ou l'autre des intérêts, et ont parfois recours aux droits fondamentaux protégés par la déclaration des droits de l'homme à cette fin. C'est le cas notamment lorsqu'un équilibre doit être trouvé entre liberté de création et respect de la vie privée.

La liberté de création peut également être limitée par contrat, lorsque l'œuvre est une adaptation d'une autre œuvre, ou lorsque l'auteur s'engage à effectuer une commande. L'étendue de la liberté de création est alors déterminée par ce contrat. Si certains contrats sont prévus par le code de la propriété intellectuelle, dans le cas des contrats de mécénat, les juges ont eu recours à la notion de liberté de création pour préserver les intérêts des créateurs. Le recours à la liberté de création, en tant que droit de l'homme, a également permis de restaurer l'équilibre entre les intérêts du créateur et celui du futur créateur. Les hypothèses qui sont envisagées ici sont essentiellement celles intéressant les créateurs d'œuvres de l'esprit.

C'est la conciliation, entre la liberté de création et les droits de propriété intellectuelle tout d'abord (chapitre 1), puis la conciliation entre la liberté de création et les droits des tiers non créateurs (chapitre 2), qui seront envisagées.



CHAPITRE 1 : LA LIBERTE DE CREATION CONFRONTEE AUX DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE

490. La liberté de création est comprise dans les droits de propriété intellectuelle. Cependant, ceux-ci ne suffisent pas à garantir la liberté de création et peuvent même la limiter. Ainsi, lorsqu'un créateur veut utiliser une création préexistante, il doit tenir compte des droits, notamment moraux, de l'auteur de l'œuvre première. Sa liberté de création doit alors être conciliée avec les droits d'auteur. La protection par les droits de propriété intellectuelle comporte une autre restriction. Elle ne peut exister avant création. Les auteurs peuvent donc limiter leur liberté par contrat. Certains contrats délimitant la liberté des créateurs sont envisagés et encadrés par le code de propriété intellectuelle. Lorsque ce n'est pas le cas, les créateurs bénéficient de la protection par le droit commun des contrats²³⁶², qui ne prend pas en compte la spécificité de la création. Ils sont donc moins bien protégés. Ainsi confrontée aux droits de propriété intellectuelle, la liberté de création peut soit s'opposer à ces droits, soit au contraire y pallier.

Les rapports entre propriété intellectuelle et liberté de création seront donc envisagés tout d'abord dans leur conciliation entre liberté de création et droits des créateurs (section 1). Les mécanismes permettant de pallier les limites de la protection par les droits d'auteur par liberté de création seront ensuite étudiés (section 2).

Section 1 : la liberté de création, limite aux droits des créateurs des œuvres préexistantes.

491. La création s'inspire de créations antérieures²³⁶³. Il est donc nécessaire que les créateurs soient libres de puiser leur inspiration dans les créations existantes. Cependant, lorsque celles-ci sont protégées par des droits d'auteur, la liberté de création est restreinte. L'utilisation de l'œuvre est alors soumise à autorisation, sauf exceptions. C'est donc par contrat que le droit d'auteur sera limité afin de permettre la création future. De plus, le droit moral de l'auteur de l'œuvre préexistante limite la liberté de création, même si l'œuvre est

²³⁶² Article L. 131-2 CPI : « Les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle définis au présent titre doivent être constatés par écrit. Il en est de même des autorisations gratuites d'exécution. Dans tous les autres cas, les dispositions des articles 1341 à 1348 du code civil sont applicables ».

²³⁶³ Ce qui a fait écrire à F. LATRIVE que la création « est avant tout un processus collectif, fondé sur l'imitation et la reproduction » (*Du bon usage de la piraterie – Culture libren sciences ouvertes*, Paris : Exils Editeur, 2004, p. 21) : cité par A. ZOLLINGER, *Droit d'auteur et droits de l'homme*, thèse, Poitiers, 2006, n° 187



tombée dans le domaine public. Dans certains cas l'auteur ne peut se prévaloir de ses droits. La jurisprudence écarte les droits d'auteur, faisant prévaloir la liberté de création, lorsque l'œuvre utilisée est accessoire à la création nouvelle. La conciliation entre liberté de création et droits d'auteur nécessite de les limiter (§ 1). Dans certaines situations, le titulaire de droits sur son œuvre ne peut s'en prévaloir, parce que l'utilisation de celle-ci n'est qu'accessoire. La liberté de création prévaut (§ 2).

§1 : La limitation du droit d'auteur lors de l'utilisation d'une création

492. La limitation du droit moral de l'auteur d'une œuvre préexistante est inévitable lorsqu'elle est utilisée dans une autre création.

L'atteinte au droit moral est évidemment sanctionnée lorsque l'œuvre est modifiée sans l'accord de son auteur (A).

Il peut s'agir d'une adaptation (B), qui est « *un emprunt à une œuvre préexistante qui se concrétise dans une œuvre seconde ayant une existence autonome* »²³⁶⁴, d'une œuvre composite²³⁶⁵. L'adaptation peut être prévue par contrat, cela est courant notamment pour l'adaptation cinématographique de livres.

A) La modification de l'œuvre

493. Une œuvre ne peut être modifiée par un metteur en scène. En effet, celui-ci doit respecter l'intégrité de l'œuvre (1). Cependant, il est parfois possible, de modifier l'œuvre, limitant ainsi le droit moral de son auteur (2). C'est le cas en particulier lorsque l'œuvre est plurale. La restriction des droits est prévue par le code de propriété intellectuelle, et délimitée par contrat.

1. Le respect de l'intégrité de l'œuvre

494. Les modifications par l'exploitant d'un film. Il n'est pas possible de modifier une œuvre, sans l'autorisation de l'auteur.

²³⁶⁴ A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., Paris, 2012, n° 130, p. 137

²³⁶⁵ Article L.113-2 al.2 CPI : « *Est dite composite l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière* ».



L'exploitant, comme l'éditeur, ne peuvent modifier un film sans l'accord de l'auteur, car cela porte atteinte à la liberté de création de l'auteur. Cette question s'est posée par exemple à propos de modifications apportées au film *The Kid* de Chaplin lors de la cession d'une de ses copies par une société non titulaire du monopole d'exploitation du film.

Lorsqu'en l'absence de tout accord, l'œuvre est modifiée, risquant alors de transformer l'impression qu'elle donne, le droit moral prime. Ainsi, le droit moral d'un auteur étranger prévaut car c'est une loi d'application impérative, une loi de police. Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité de l'œuvre²³⁶⁶. L'œuvre ne peut par exemple pas être colorisée.

Le droit moral d'un auteur étranger peut limiter la liberté de création de l'exploitant²³⁶⁷ de l'œuvre en France. En l'espèce²³⁶⁸, la société avait ajouté des intertitres en français et une musique.

Le cessionnaire du copyright du film *The Kid*, titulaire du monopole d'exploitation, et son auteur, Chaplin estiment donc que la société distribuant le film en France a commis une contrefaçon, ce qui a été accordé par la cour.

L'atteinte au droit moral de l'auteur résulte de « *l'adjonction, sans son autorisation, à son œuvre, de musique et d'intertitres en langue française* »²³⁶⁹. Pour faire valoir le droit moral de Chaplin, la Cour a affirmé que « *l'étranger étant assimilé au national en vertu de la Convention de Genève, il doit jouir en France des mêmes droits que l'auteur français* ». Elle ajoute que « *la Déclaration universelle des droits de l'homme, votée le 10 décembre 1948 par l'assemblée des Nations Unies et publiée au Journal officiel du 19 février 1949, ce qui en fait une loi de l'Etat français, stipule dans son article 27 que « chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels (...) de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur »* ».

La société estimait que pour qu'il y ait une atteinte au droit moral, Charlie Chaplin devait prouver que les sous-titres n'étaient pas les mêmes que ceux des bandes précédemment exploitées.

Pour la cour, même si ceux-ci étaient identiques, le fait de rajouter une musique originale sans l'approbation de l'auteur constitue une atteinte à son droit moral. En effet, « *la musique*

²³⁶⁶ Cass. 1^{re} civ., 28 mai 1991, Asphalt Jungle, n°89-19.522 89-19.725, bull. 1991, I, n°172, p.113 ; J. RAYNARD, « Un film américain créé en noir et blanc ne peut être diffusé en France dans une version colorée », *Dalloz* 1993, p. 197 ; P.-Y. GAUTIER, « La loi sur le droit moral de l'auteur est une loi impérative », *Revue critique de droit international privé*, 1991, p. 752 ; A. FRANCON, « Colorisation des films. Droit au respect des auteurs. Contrat régi par une loi étrangère ne reconnaissant pas ce droit. Loi française d'application impérative », *RTD com* 1991, p. 386

²³⁶⁷ Contrefaisant, puisqu'il ne détenait pas ses droits de l'auteur ou de son cessionnaire.

²³⁶⁸ CA Paris, 29 avril 1959, G. LYON-CAEN et P. LAVIGNE, note sous arrêt, *Dalloz*, 1959 jurispr. p. 402 et suiv.

²³⁶⁹ CA Paris, 29 avril 1959, comm. G. LYON-CAEN et P. LAVIGNE, *Dalloz*, 1959, jurispr. p. 403



d'accompagnement d'un film, lorsqu'elle est insérée dans une bande, agit d'une façon certaine et directe sur la sensibilité du spectateur dont elle est susceptible... de transformer profondément les impressions ». Le droit moral prime.

495. La limite à la liberté du metteur en scène. De même, la liberté du metteur en scène doit plier devant le droit moral de l'auteur de l'œuvre mise en scène.

Le metteur en scène est un créateur. Il ne peut cependant modifier le sens de l'œuvre qu'il met en scène. Dans ce sens, à propos de la mise en scène de « En attendant Godot » de Becket, les juges ont fait prévaloir le droit au respect, garanti par l'article L. 121-1 CPI sur la liberté de création du metteur en scène. Ce dernier, allant à l'encontre de la volonté exprimée par l'auteur de son vivant, avait donné les rôles principaux de la pièce à des femmes. Or, si le metteur en scène jouit « *pour accomplir sa mission, d'une liberté certaine, la mise en scène pouvant ne pas être réaliste mais exprimer symboliquement la manière dont le texte et les personnages sont perçus* » ; celui-ci doit être « *fidèle au texte et de conserver la conception de l'auteur en projetant l'esprit de celui-ci dans l'œuvre scénique* »²³⁷⁰. Les juges ont en l'espèce affirmé que « *le respect est dû à l'œuvre telle que l'auteur a voulu qu'elle soit, qu'il n'appartient ni aux tiers, ni au juge de porter un jugement de valeur sur la volonté de l'auteur et que le titulaire du droit moral est seul maître de son exercice* ». Cette décision avait été approuvée par son commentateur²³⁷¹.

496. Le recul du droit moral après le décès de l'auteur. Cependant, l'atteinte au droit moral semble devoir être évaluée différemment après la mort de l'auteur. Le droit moral est en effet moins fort entre les mains des héritiers. Pour Ch. CARON, « *la quête de l'histoire ou de la culture pourrait être susceptible, dès lors qu'un délai raisonnable est écoulé, de faire légèrement reculer le droit moral* »²³⁷². Il poursuit en affirmant que « *le temps participe à l'étiollement de l'aspect personnaliste du droit moral et permet aux droits de la collectivité de prendre une importance croissante. La perpétuité du droit moral serait donc quelque peu théorique, car il existerait comme une érosion des prérogatives extrapatrimoniales des*

²³⁷⁰ TGI Paris, 27 novembre 1985, *RIDA* juillet 1986, p. 166, note A. FRANCON

²³⁷¹ FRACON, « Droit au respect sur une œuvre théâtrale. Metteur en scène (TGI Paris 15 oct. 1992, *Lindon et Sacd c/ La Compagnie Brut de Béton et Boussagol*, inédit », *RTD com*, 1993, p. 98

²³⁷² Ch. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, éd. Litec, 1998, n° 306



créateurs »²³⁷³. Le droit moral s'émousserait donc avec le temps, bien que la loi n'y fasse pas référence²³⁷⁴. En l'espèce il s'agissait d'une pièce connue, interprétée de nombreuses fois.

Ce droit peut néanmoins être limité, faisant prévaloir la liberté de création (2), si l'œuvre risque d'être compromise alors que l'atteinte est mesurée.

2. Limites du droit moral de l'un des auteurs de l'œuvre nécessaire à la liberté de création

497. La restriction du droit moral, lorsque l'œuvre est issue de plusieurs auteurs, est prévue par le code de la propriété intellectuelle. En effet, quand l'œuvre est plurale, l'achèvement de l'œuvre nécessite une restriction des droits des différents coauteurs. Des règles particulières existent pour ces œuvres, notamment les œuvres audiovisuelles²³⁷⁵. Dans le même sens, les droits des artistes-interprètes sont limités par le respect des droits d'auteur²³⁷⁶. Les restrictions au droit moral peuvent être prévues par contrat, afin de préserver la liberté de création et l'existence même des œuvres.

498. Droit moral de l'interprète et contrat. Par contrat, un créateur peut limiter sa liberté de création, en particulier lorsqu'elle constitue un élément d'une création, telle qu'un film. Ainsi, l'artiste interprète ayant contribué à la bande sonore d'un film ne peut empêcher sa diffusion. Son droit moral est alors limité par la liberté de création des auteurs du film.

Dans l'affaire Rostropovitch, le violoncelliste avait donné son accord à l'utilisation de sa prestation comme bande sonore dans un film. Il a estimé que son interprétation avait été dénaturée par l'adjonction de sons surajoutés à la musique et par les variations du volume sonore. Il a contesté également « *l'utilisation de l'enregistrement dans des scènes qui ne figurent pas au livret de Moussorgski* »²³⁷⁷. Pour les juges, le chef d'orchestre a limité par contrat « *le droit d'autoriser l'utilisation de son interprétation en connaissance de cause* ». Ils

²³⁷³ Ibid.

²³⁷⁴ Voir Ch. GEIGER, « Droit d'auteur et liberté de création artistique : un fragile équilibre. Libres propos à partir de l'arrêt « Victor Hugo » de la Cour de cassation du 30 janvier 2007 », *RLDI*, n° 26, 4/2007. Voir également A. LUCAS, « Droit d'auteur et droits voisins », *propriétés intellectuelles*, chron. p. 202 et suiv., voir p. 207 et suiv., spéc. p. 210 : « *la force du droit moral s'émousse inévitablement avec le temps, même si cette vérité n'est pas bonne à dire expressément puisque la loi ne fait aucune distinction à cet égard* ».

²³⁷⁵ Ch. ALLEAUME, « La mise en balance du droit d'auteur », *revue internationale de droit comparé*, 2-2010, p. 423 et suiv., n° 12

²³⁷⁶ Art. L. 211-1 CPI : « *Les droits voisins ne portent pas atteinte aux droits des auteurs. En conséquence, aucune disposition du présent titre ne doit être interprétée de manière à limiter l'exercice du droit d'auteur par ses titulaires* ».

²³⁷⁷ TGI Paris, 1^{re} ch., 10 janvier 1990, B. EDELMAN, « Un chef d'orchestre, titulaire de droits voisins, dont son interprétation d'un opéra a été utilisée pour un film, est recevable à exercer son droit moral sur l'interprétation de l'opéra par les auteurs du film », *Dalloz*, 1991, p. 206 ; X. DAVERAT, « L'impuissance et la gloire. Remarques sur l'évolution contemporaine du droit des artistes-interprètes », *Dalloz* 1991, p. 93



ont refusé de limiter la liberté de création des auteurs du film, car la bande son devait correspondre aux images. En revanche, ils ont admis que « *la superposition du bruitage à l'interprétation du chef d'orchestre peut, dans certaines circonstances, porter atteinte au droit au respect de celle-ci* ». Certains de ces sons, « *égarent l'attention du spectateur et dénaturent l'appréciation de l'œuvre interprétée par Rostropovitch, sans que ce procédé soit imposé par les nécessités propres au cinéma* ». La liberté de l'auteur doit donc être limitée, afin de ne pas porter atteinte au droit moral de l'interprète. Cependant, le droit moral de l'interprète ne justifie pas « *des mesures qui porteraient à leur tour atteinte aux droits d'auteurs du film* ». Le film n'a pas été modifié, les bruits en cause n'étant pas supprimés, seul un avertissement a été inséré après le générique du film, précisant que Rostropovitch désapprouvait le bruitage superposé à son interprétation. Cette solution, préservant les intérêts commerciaux, est dangereuse pour X. DAVERAT, même s'il ne la conteste pas en l'espèce²³⁷⁸. Elle résulte de l'article L. 211-1 CPI²³⁷⁹.

Il semble donc que, lorsqu'il s'agit d'un film, les droits moraux des différents auteurs qui collaborent à l'œuvre sont nécessairement restreints, afin de ne pas entraver la création.

499. Droit moral de l'auteur des costumes et du décor. Un autre exemple peut être donné, celui de la limitation du droit moral de l'auteur des décors et des costumes. Le recours au droit moral de l'auteur des décors et costumes ne peut pas permettre de compromettre l'évolution d'un spectacle, d'autant plus si une certaine liberté était prévue au contrat et que l'atteinte n'était pas réelle. La société ayant passé commande doit pouvoir modifier le spectacle, dans la mesure où cela ne dénature pas l'œuvre première. En l'espèce, Dali avait conçu les costumes et décors d'une œuvre théâtrale. Le contrat le liant à la société ayant passé commande précisait que « *la réalisation scénique restait entièrement à la charge de la société* ». Cette dernière a demandé à Dali de réaliser d'autres maquettes de décors, des costumes supplémentaires et un rideau de scène afin d'étoffer le spectacle. Celui-ci refusa. Les costumes et décors supplémentaires inspirés des siens furent réalisés par d'autres décorateurs, ce qui était précisé dans le programme. Dali a estimé, entre autres, que cela portait atteinte à son droit moral. La cour de cassation, reprenant la solution de la Cour d'appel, a estimé que Dali « *n'allègue pas qu'un décor ou un costume par lui dessiné ait été modifié, ni que l'un de ses décors ait été supprimé sans que le public en ait été averti ;*

²³⁷⁸ X. DAVERAT, « L'impuissance et la gloire. Remarques sur l'évolution contemporaine du droit des artistes-interprètes », *Dalloz* 1991, p. 93

²³⁷⁹ Article précité



l'adjonction d'autres décors ou costumes inspirés des siens, comme il était indiqué au programme, n'a pas pu avoir pour conséquence de donner une idée inexacte de cette œuvre et de porter ainsi atteinte à son droit moral ». Elle affirme, de plus, que « *sans méconnaître le pouvoir reconnu à l'auteur de l'œuvre de l'esprit de s'opposer à toute correction ou modification susceptible d'en altérer le caractère, la Cour d'appel a pu, sans se contredire, décider qu'en l'espèce il n'avait pas été porté atteinte au droit moral de Salvador* »²³⁸⁰. En l'espèce, la firme s'était laissée une grande « *liberté de mouvement* »²³⁸¹. L'œuvre créée par plusieurs auteurs doit ainsi pouvoir être modifiée, d'autant plus qu'en l'espèce, Dali avait été sollicité pour effectuer lui-même les modifications et le public était averti que les costumes n'étaient pas tous de l'auteur. Cette solution, favorisant la liberté de création semble justifiée lorsque l'œuvre est créée par plusieurs auteurs.

La liberté de l'adaptateur est plus étendue, sous réserve de l'accord de l'auteur de l'œuvre première si l'œuvre est protégée, et du respect du droit moral de celui-ci, que l'œuvre soit tombée dans le domaine public ou soit encore protégée par le droit d'auteur (B).

B) L'adaptation

500. Délimitation. L'adaptation peut être définie comme le fait de « *faire usage d'une œuvre première, afin d'en tirer une seconde* »²³⁸². Elle « *suppose de recueillir l'accord des titulaires de droits sur l'œuvre adaptée* »²³⁸³. L'adaptation est alors encadrée par un contrat, dans lequel sera déterminée l'étendue de la liberté de création de l'adaptateur. L'adaptation cinématographique de bandes dessinées ou de livres peut d'ailleurs être assez libre (1). En matière de droit d'auteur, il n'est pas possible d'utiliser l'œuvre d'un tiers pour sa propre création sans son accord. Pour E. PIERRAT, cela pose le problème de la « *frontière entre la énième version d'un thème éternel et l'adaptation réelle d'une œuvre existante* »²³⁸⁴. En

²³⁸⁰ Cass. 1^{re} civ., 5 mars 1968, comm. H. DESBOIS, « Propriété littéraire et artistique. 1. propriété artistique : droits de peintre, qui a composé les décors et costumes d'une œuvre théâtrale », *RTD com.*, 1969, p. 488 et suiv. ; *Dalloz* 1968, jurispr. p. 382

²³⁸¹ H. DESBOIS, note cass. 1^{re} civ., 5 mars 1968, « Propriété littéraire et artistique. 1. propriété artistique : droits de peintre, qui a composé les décors et costumes d'une œuvre théâtrale », *RTD com.*, 1969, p. 488 et suiv.

²³⁸² P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^e éd., 2012, n° 585, p. 606

²³⁸³ C. BERNAULT, J.-P. CLAVIER, *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, ellipses, 2008, p. 10 ; article L. 122-4 CPI : « *Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque* ».

²³⁸⁴ E. PIERRAT, *Le droit d'auteur et l'édition*, éd. du cercle de la librairie, 2005, p. 82. Voir la contrefaçon, le domaine public



revanche, lorsque l'œuvre initiale est tombée dans le domaine public, il est possible de s'en inspirer librement, sous réserve du respect du droit moral de son auteur (2).

1. La liberté de création dans l'adaptation d'une œuvre littéraire au cinéma encadrée contractuellement

501. L'adaptation d'un genre à un autre nécessite des modifications de l'œuvre adaptée (a). Ces modifications doivent se faire dans le respect du contrat conclu à cette fin (b). L'auteur de l'œuvre première ne peut se prévaloir de son droit moral pour y déroger. La liberté de l'adaptateur peut alors être assez étendue (c).

a) La modification de l'œuvre adaptée résultant de la transposition d'un genre à un autre

502. La liberté de création résultant du changement de genre. L'adaptation consiste ici en la transposition d'un genre à l'autre²³⁸⁵. Ainsi, pour F. POLLAUD-DULIAN, « *la forme, par la force des choses, subira les changements nécessités à la fois par le passage d'un genre à un autre et par la part de liberté créatrice laissée à l'auteur de l'œuvre dérivée* »²³⁸⁶. L'adaptation audiovisuelle²³⁸⁷ est spécifique. Elle est plus particulièrement source de contentieux, « *tant les moyens d'expression sont différents* »²³⁸⁸. Dans ce domaine, le contrat écrit est obligatoire, il prévoit alors l'étendue de la liberté de création. Ces adaptations ont fait l'objet d'une abondante jurisprudence qui a délimité les contours de la liberté de création de l'adaptateur²³⁸⁹. Les juges font référence à la « *liberté* » de l'adaptateur, sans préciser de quelle liberté il s'agit²³⁹⁰. Ces adaptations sont extrêmement courantes²³⁹¹. La question de la liberté de création de l'adaptateur se pose car il doit respecter l'œuvre

²³⁸⁵ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^e éd., 2012, n° 585, p. 606

²³⁸⁶ F. POLLAUD-DULIAN, « l'esprit de l'œuvre et le droit moral de l'auteur », *RIDA* 215, janvier 2008, p. 103 et suiv., spéc. p. 131-133

²³⁸⁷ Article L131-3 al. 3 CPI : « *Les cessions portant sur les droits d'adaptation audiovisuelle doivent faire l'objet d'un contrat écrit sur un document distinct du contrat relatif à l'édition proprement dite de l'œuvre imprimée* ».

²³⁸⁸ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n°642

²³⁸⁹ Voir les exemples donnés par F. POLLAUD-DULIAN, in F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n°642 : notamment CA Paris, 4^e ch., 29 avril 1982, *RIDA* octobre 1982, p. 172 (confirme TGI Paris 3^e ch., 18 avril 1979, *RIDA* octobre 1979, p. 175) ; CA Paris, 1^{re} ch., 31 mai 1988, « Dialogue des carmélites II », *RIDA* janvier 1989, p. 183 ; Trib. Civ. Seine, 26 juillet 1933, « Mélo », *Dalloz H* 1933, p. 533 ; TGI Paris, 8 mars 1968, « Le saint », *Dalloz* 1968, p. 742 ; TGI Paris, 7 janvier 1969, « Fantômas », *RIDA*, avril 1969, p. 166 ; CA Paris, 1^{re} ch., 23 novembre 1970, *RIDA* 3/1971 jurispr. p. 74 et suiv. ; TGI Paris 18 avril 1979, *RIDA* octobre 1979, p. 175 ; TGI Paris, 25 mai 1994, com. C. COLOMBET, « L'étendue de l'autorisation de transposer une œuvre littéraire en dessin animé », *Dalloz* 1995, somm. comm., p. 285

²³⁹⁰ Voir parmi d'autres exemples : TGI Paris, 3^e ch., 20 février 1976, *JCP* 1976, IV, p. 318 ; cass. 1^{re} civ., 22 novembre 1966, *Dalloz*, 1967, J, p. 485 s.

²³⁹¹ C. BAUER, « Les adaptations audiovisuelles de livres », *légicom*, n°24, 2001/1, p. 65 : l'auteur affirmait en 2001 que « 35% des films cinématographiques sont des adaptations d'ouvrages ».



préexistante²³⁹². Pourtant, une adaptation nécessite des modifications, des altérations à l'œuvre originale. En effet, en particulier lorsqu'un roman est adapté pour le cinéma, il peut être nécessaire d'enlever ou de modifier certains passages ou éléments ou personnages. Ainsi, à propos de l'adaptation du « Saint », le TGI de Paris a affirmé que *« par le contrat d'adaptation, l'auteur du roman ou le cédant acceptent, implicitement ou explicitement, les aménagements nécessités par la transposition de l'œuvre originale dans un genre nouveau ; entre celui-ci et la création littéraire, aucune hiérarchie ne saurait être admise »*²³⁹³.

Lors de la conclusion des contrats d'adaptation, l'étendue de la liberté laissée à l'adaptateur peut être délimitée. Les parties doivent respecter ces contrats (b).

b) Les contrats

503. L'étendue de la liberté de création prévue par le contrat. La liberté de l'adaptateur est limitée contractuellement²³⁹⁴. Il existe des situations où la liberté de l'adaptateur est grande. Ainsi, dans une vieille affaire, les juges ont validé le contrat prévoyant une liberté accrue par rapport au contrat type. La liberté de l'adaptateur était alors très large, puisqu'il était prévu contractuellement que la société adaptant le film *« aura le droit d'apporter dans l'établissement du film tous changements à l'ouvrage original qu'elle jugera nécessaires »*²³⁹⁵. L'adaptateur pouvait ainsi, conformément au contrat, *« choisir librement ses thèmes d'inspiration, sans être astreint à une quelconque reproduction précise »*²³⁹⁶. Les juges ont tout d'abord précisé que le contrat entre les parties ne contenait pas la clause « type » qui figure normalement dans ce type de contrat, déterminant les relations entre l'auteur et l'adaptateur²³⁹⁷. Pour les juges, les deux parties ne pouvaient en ignorer l'existence. De plus, l'œuvre première restait *« intacte et intangible »*. Les juges ont estimé que malgré d'importantes modifications, la seule limite à la liberté de création était *« celle qui résulte du droit commun »*, c'est-à-dire aux termes de l'article 1134 du code civil, lorsque l'œuvre a été *« modifiée ou déformée par pure malice, dans le but de lui nuire et de porter atteinte à son honneur ou à sa réputation »*. La convention qui avait été conclue

²³⁹² C. BAUER, « Les adaptations audiovisuelles de livres », *légitom*, n°24, 2001/1, p. 65 ; voir exemple TGI Paris, 3^e ch., 20 février 1976, *JCP* 1976, IV, p. 318 ; CA Paris, 1^{re} ch., 13 mai 1964, *JCP* 1964, II, 13932, obs. G. LYON-CAEN ; cass. 1^{re} civ., 22 novembre 1966, *Dalloz* 1967, J, p. 485 s., note H. DESBOIS (rejet)

²³⁹³ TGI Paris, 8 mars 1968, « Le Saint », *dalloz* 1968, p. 742

²³⁹⁴ C. BAUER, *op. cit.* p. 66

²³⁹⁵ Trib. Civ. Seine, 26 juillet 1933, « Mélo », *Dalloz H* 1933, p. 533

²³⁹⁶ R. SARRAUTE, « De l'adaptation cinématographique des œuvres littéraires », *Gazette du palais*, 1^{er} semestre, 1962, doctrine, p. 22

²³⁹⁷ L'auteur doit généralement approuver le titre et le scénario du film, ainsi que le texte parlé. Il prévoit également les *« modalités de leur accord au sujet de l'éventualité de modifications de détail à apporter au texte »*.



n'était prohibée par aucun texte, ni par la jurisprudence ou la doctrine. Or les juges ont affirmé que les modifications « *s'expliquent uniquement par conception (...) que les auteurs du film semblent avoir des nécessités de la production cinématographique et des goûts du public* »²³⁹⁸. R. SARRAUTE était favorable à cette solution, estimant que d'autres critères tels que les lois du genre²³⁹⁹, constituaient une appréciation purement subjective et devaient donc être rejetées. La bonne foi et l'absence d'intention de nuire seraient des critères plus appropriés²⁴⁰⁰. Ils permettent ici de ne limiter la liberté de création que par l'intention malveillante de l'adaptateur, lui laissant une grande liberté.

504. Les différents contrats. Les contrats encadrent plus ou moins la liberté de l'auteur de l'œuvre dérivée. R. SARRAUTE distingue trois types de contrats. Les premiers prévoient une autorisation d'adaptation inconditionnelle, les deuxièmes permettent l'adaptation à la condition de ne pas « *dénaturer l'esprit et le caractère de l'œuvre originale* », et enfin les derniers autorisent l'adaptation si l'auteur de l'œuvre première y participe, en rédigeant le scénario ou les dialogues du film²⁴⁰¹.

Pour cet auteur, si le créateur a permis l'adaptation sans réserve, il ne peut ensuite se plaindre des modifications apportées à son œuvre. La transposition nécessite des modifications dues à un nouveau mode d'expression²⁴⁰². La limite à ce type de contrat est « *l'exécution de bonne foi du contrat et l'absence d'une déformation de l'œuvre initiale opérée dans une intention de nuire* »²⁴⁰³. Hors de cette hypothèse, le contrat doit être respecté.

505. Respect du contrat, même si l'étendue de la liberté de l'adaptateur est grande. Ainsi, les juges ont admis la limitation par contrat du droit moral dans un contrat d'adaptation de romans de la série Fantômas en films²⁴⁰⁴, favorisant la liberté de création de l'adaptateur. Le titulaire des droits de propriété littéraire sur les romans de la série Fantômas dont il était un des auteurs a cédé les droits d'adaptation cinématographique de son œuvre à une société qui pouvait en tirer des films pour une durée de cinq ans. Ce contrat a été ensuite prolongé pour une même période. Dans ce contrat, les parties convenaient que « *les*

²³⁹⁸ Trib. Civ. Seine, 26 juillet 1933, « Mélo », *Dalloz H* 1933, p. 533

²³⁹⁹ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur*, Dalloz, 3^e éd. 1978, n° 688, cité par R. SARRAUTE, « De l'adaptation cinématographique des œuvres littéraires », *Gazette du palais*, 1^{er} semestre, 1962, doctrine, p. 21 et suiv., spéc. p. 23

²⁴⁰⁰ R. SARRAUTE, « De l'adaptation cinématographique des œuvres littéraires », *Gazette du palais*, 1^{er} semestre, 1962, doctrine, p. 24

²⁴⁰¹ R. SARRAUTE, *op. cit.*, p. 22

²⁴⁰² Affaire Mélo, Trib. civ. de la Seine, 26 juillet 1933, *Dalloz* 1933, p. 533

²⁴⁰³ R. SARRAUTE, « De l'adaptation cinématographique des œuvres littéraires », *gazette du palais*, 1962, 1^{er} semestre, doctrine p. 21 et suiv., p. 22

²⁴⁰⁴ CA Paris, 1^{re} ch., 23 novembre 1970, *RIDA*, 3/1971, jurispr. p. 74 et suiv.



caractères typiques des principaux héros des romans ne pourraient être modifiés pour les nécessités de l'adaptation à l'écran sans que l'auteur en ait été averti et ait donné son accord »²⁴⁰⁵. La société ayant conclu le contrat a cédé ses droits à une autre société. Le contrat a ensuite été modifié, l'auteur s'engageant cette fois à accepter « *toute adaptation et tout dialogue qui pourraient être établis par quiconque, sous contrôle et avec l'accord de la S.N.E.G., étant entendu que, s'il estimait que les caractères typiques des principaux héros de ses romans n'étaient pas respectés, la S.N.E.G. aurait à faire figurer aux génériques du ou des film et aux génériques seulement, une mention indiquant qu'il s'agirait d'aventures nouvelles inspirées par les romans* ». La liberté de l'adaptateur était donc grande, il semble même que l'auteur des romans s'engageait à ne pas se prévaloir de son droit moral, seule la mention au générique des films démarquant ceux-ci des œuvres originales. L'auteur demanda la résiliation des accords conclus avec la S.N.E.G. car celle-ci aurait violé lesdits accords. De plus, les contrats seraient nuls, pour violation de l'article 4 de la loi du 11 mars 1957²⁴⁰⁶. La cour d'appel a estimé que la S.N.E.G. a respecté les contrats passés avec l'auteur et « *qu'en se prévalant du caractère inaliénable du droit moral qu'il a sur son œuvre, l'auteur ne saurait s'attribuer le pouvoir de revenir sur des accords compatibles avec ce droit [moral] au moment où ils furent librement discutés et conclus ; qu'en décider autrement rendrait impossible l'élaboration de toute œuvre dérivée* ».

506. Le droit moral ne peut être écarté. Cependant, si le droit moral peut être limité, il ne peut pas être totalement écarté par contrat. Le réalisateur ne peut pas non plus renoncer à son droit moral dans le contrat qui le lie au producteur du film. Ainsi, un contrat prévoyant que la société productrice se réservait le droit de procéder à toutes modifications ou coupures qu'elle jugerait nécessaire et qu'elle resterait seule juge de la décision finale est « *nul comme contraire aux dispositions d'ordre public de la loi du 11 mars 1957* ». Le réalisateur avait la possibilité de demander que son nom soit retiré du générique et de la publicité²⁴⁰⁷. Il y avait néanmoins atteinte à son droit moral, dans la mesure où par contrat, celui-ci renonçait à s'opposer à la dénaturation de sa contribution.

Le problème qui se pose est l'équilibre entre le droit au respect de l'auteur de l'œuvre adaptée et la liberté créatrice de l'adaptateur. Pour R. SARRAUTE, il s'agit d'un conflit entre deux

²⁴⁰⁵ *Ibid.*

²⁴⁰⁶ Article 4 de la loi du 11 mars 1957 (aujourd'hui article L. 112-3 CPI) : « *Les auteurs de traductions, d'adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par la présente loi, sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale ...* ».

²⁴⁰⁷ Cass. 1^{re} civ. 7 février 1973, n°71-11513 ; bull. 1^{re} civ., n°49, p.45



droits moraux d'égale valeur²⁴⁰⁸. Le contrat d'adaptation peut régler ce type de conflit²⁴⁰⁹ en précisant les obligations des deux parties.

507. La liberté de l'adaptateur d'une bande dessinée. En ce qui concerne l'adaptation cinématographique de bandes dessinées, le passage d'un genre à l'autre nécessite une liberté de création particulière, dans la mesure où plusieurs albums sont créés avec les mêmes personnages. Le contrat est conclu entre l'éditeur et le producteur de films. L'éditeur conclut un contrat de cession des droits d'adaptation audiovisuelle²⁴¹⁰ avec l'auteur de la bande dessinée. Il est alors le cessionnaire des droits d'exploitation du (ou des) auteur(s) de la bande dessinée²⁴¹¹. Avec l'accord de l'éditeur, la liberté du producteur peut être assez étendue, puisqu'il peut utiliser des personnages de la série, même s'ils n'interviennent pas dans le titre adapté. Il peut également adapter plusieurs albums pour en faire un seul film²⁴¹². Il choisit notamment le réalisateur. Mais en raison du rôle essentiel de celui-ci, il peut être désigné par l'éditeur, donc les auteurs²⁴¹³. En permettant l'adaptation de leur œuvre, les auteurs limitent leur droit moral. Le contrat peut limiter la liberté de création du producteur en l'obligeant à ne pas dénaturer l'esprit et le caractère de l'œuvre originale²⁴¹⁴. Il peut également prévoir « *une projection avant le mixage du film pour permettre à l'éditeur et à l'auteur de contrôler l'étendue du respect de ma bande dessinée* »²⁴¹⁵. En pratique, les auteurs ne limitent pas la liberté de création du réalisateur, puisqu'ils ne peuvent « *entraver la sortie et l'exploitation du film, sous réserve du respect de leur droit moral* »²⁴¹⁶. Si les auteurs estiment que l'adaptation ne respecte pas l'esprit de l'œuvre initiale, la solution proposée est que leurs noms ne seront pas mentionnés, le film alors sera présenté comme une libre adaptation de l'œuvre.

²⁴⁰⁸ R. SARRAUTE, « De l'adaptation cinématographique des œuvres littéraires », *gazette du palais*, 1962, 1^{er} semestre, doctrine p. 21

²⁴⁰⁹ Il semble cependant que les intérêts de l'auteur de l'œuvre adaptée et de celui de l'adaptation ne soient pas diamétralement opposés.

²⁴¹⁰ Article L. 131-3 al. 3 CPI

²⁴¹¹ Article L. 132-1 et suiv. CPI

²⁴¹² Ch.-E. RENAULT, « Les clauses particulières des contrats d'adaptation des bandes dessinées », *Gazette du palais*, 8 mai 2004, n°129, p.18 : l'auteur cite dans ce cas, le film *Immortel*, adaptation de deux albums permettant ainsi d'aboutir « *à un scénario propre à permettre la réalisation d'un film cinématographique d'animation et/ou live* ».

²⁴¹³ Ch.-E. RENAULT, « Les clauses particulières des contrats d'adaptation des bandes dessinées », *Gazette du palais*, 8 mai 2004, n°129, p.18 et suiv.

²⁴¹⁴ Ch.-E. RENAULT, *op. cit.*. L'auteur cite par exemple l'adaptation du film *Blueberry*, pour laquelle le producteur s'était engagé à « *respecter l'esprit de l'œuvre originale, qui s'inscrit dans le genre western situé au XIXe siècle et de ne pas trahir les caractéristiques du personnage de Blueberry et des principaux protagonistes de la série* ».

²⁴¹⁵ Ch.-E. RENAULT, « Les clauses particulières des contrats d'adaptation des bandes dessinées », *Gazette du palais*, 8 mai 2004, n°129, p.18 et suiv.

²⁴¹⁶ *Ibid.*



508. La liberté de l'adaptateur d'un roman. La question de l'adaptation se pose tout particulièrement pour les films tirés de livres. Il existe un grand nombre de décisions, arbitrant entre le droit moral de l'auteur et la liberté de création de l'adaptateur. En effet, le changement de support implique des modifications de l'histoire, ce qui peut conduire les auteurs ou leurs ayant-droits à estimer qu'il y a dénaturation de l'œuvre initiale²⁴¹⁷. Ce sont les juges qui déterminent la limite entre les modifications dues à la nécessaire liberté de l'adaptateur et celles qui ne respecteraient pas l'esprit de l'œuvre, portant atteinte au droit au respect de l'œuvre. Ces limites ont été posées par les juges. Ils ont précisé dans un jugement du 20 février 1976 que l'adaptateur était libre « *à condition de respecter dans la plus large mesure possible la nature et le caractère de l'œuvre première, d'en garder pour l'essentiel les personnages, les lieux de l'action, les principaux épisodes, la psychologie et l'esprit, de ne procéder qu'aux remaniements commandés essentiellement par les impératifs techniques de la transposition dans un autre genre, en un mot de ne pas dénaturer la substance de l'œuvre première* »²⁴¹⁸.

En effet, la totalité d'un livre, en particulier les descriptions ne peuvent être reprises dans un film. Cela a été affirmé notamment à propos de l'adaptation des Dialogues des Carmélites. La cour de cassation, citant les juges du fond²⁴¹⁹, a estimé qu'une certaine « *liberté peut être reconnue à l'adaptateur cinématographique, dont le rôle consiste à trouver, sans en dénaturer le caractère, une expression nouvelle de la substance d'une œuvre mettant celle-ci à la portée d'un public nouveau, par le truchement de formes et de moyens différents... le film doit toucher un public de grande diversité* »²⁴²⁰. Cela justifie des modifications, voire « *une certaine absence de fidélité* », à partir du moment où le film « *témoigne à l'évidence d'un effort sincère et permanent pour traduire les nuances multiples de l'honneur et de l'angoisse* »²⁴²¹.

²⁴¹⁷ Voir par exemple, cass. 1^{re} civ., 12 juin 2001, n°98-22591

²⁴¹⁸ TGI Paris, 3^e ch., 20 février 1976, JCP 1976, IV, p. 318

²⁴¹⁹ CA Paris, 1^{re} ch., 13 mai 1964, JCP 1964, II, 13932, note G. LYON-CAEN ; confirme TGI de la Seine, 15 juin et 30 novembre 1961, Dalloz 1962, j. p. 173, note G. LYON-CAEN : les juges ont estimé que l'adaptateur « *n'est tenu qu'au respect de l'esprit général de l'œuvre* ». Il n'y avait en l'espèce pas de dénaturation de l'œuvre.

²⁴²⁰ Cass. 1^{re} civ., 22 novembre 1966, comm. H. DESBOIS, Dalloz 1967, jurispr. p. 485 : adaptation des Dialogues des Carmélites ; voir également TGI Paris, 3^e ch., 20 février 1976, JCP 1976, IV, p. 318

²⁴²¹ Cass. 1^{re} civ., 22 novembre 1966, H. DESBOIS, dalloz 1967, jurispr. p. 485



En l'occurrence, des passages très importants du livre avaient été retranchés, l'œuvre cinématographique ne faisant de plus que s'inspirer de l'œuvre d'un scénariste, choisi par l'auteur du livre²⁴²².

Il semble néanmoins que le contrat autorisait l'adaptation inconditionnelle des Dialogues des carmélites²⁴²³. L'auteur ne peut ensuite se plaindre des modifications apportées à son œuvre dans l'adaptation qui en est faite²⁴²⁴. En autorisant l'adaptation, il a en effet accepté implicitement « *les aménagements « nécessaires eu égard au genre cinématographique » et [...] ne pouvait exiger que le respect de « l'esprit générale de son œuvre »* »²⁴²⁵.

509. Respect du contrat. En revanche le contrat doit être respecté : lorsque le contrat prévoit que l'auteur (ou son ayant droit) contrôle l'élaboration du film et doit en approuver les dialogues, le producteur ne peut effectuer des modifications malgré le veto de celui-ci. Le contrat sera alors résilié aux torts du producteur²⁴²⁶. De même, l'adaptateur ne peut changer le titre²⁴²⁷ lorsque celui-ci est prévu dans le contrat.

Quel que soit le contrat, le droit moral ne peut être nié, tout comme la liberté de création remise en cause. Cela implique que si l'esprit de l'œuvre doit être respecté, l'adaptateur reste libre de déterminer les modifications que le changement de genre implique, sous réserve de ne pas déroger au contrat (c).

c) L'étendue de la liberté de l'adaptateur

510. Respect de l'intrigue et des péripéties principales. L'adaptateur ne pouvant retranscrire toutes les scènes et toutes les descriptions d'un livre dans un film, l'œuvre dérivée ne peut contenir que certains éléments, personnages ou scènes, l'intrigue du livre, et si possible son atmosphère. Dès lors, si l'identité des personnages et les lieux sont modifiés, mais que l'intrigue, est la même, ainsi que les péripéties principales, que la trame psychologique de l'œuvre et l'essentiel de la pensée de l'auteur sont respectées, l'adaptation est licite et ne dénature pas l'esprit du roman. Ainsi, les juges, lorsqu'ils sont confrontés à la

²⁴²² H. DESBOIS, *op. cit.* p. 485

²⁴²³ R. SARRAUTE, « De l'adaptation cinématographique des œuvres littéraires », *Gazette du palais*, 1^{er} semestre, 1962, doctrine, p. 21. A propos de TGI de la Seine, 30 novembre 1961, *gazette du palais*, 1962, 1, p. 98

²⁴²⁴ Trib. de la Seine, 26 juillet 1933, *gazette du palais*, 1933, 2, p. 606 : adaptation de « Mélo » de Bernstein. R. SARRAUTE, « De l'adaptation cinématographique des œuvres littéraires », *Gazette du palais*, 1^{er} semestre, 1962, doctrine, p. 21 et suiv.

²⁴²⁵ R. SARRAUTE, « De l'adaptation cinématographique des œuvres littéraires », *Gazette du palais*, 1^{er} semestre, 1962, doctrine, p. 22.

²⁴²⁶ Trib. civ. Seine, 12 avril 1937, *GP* 1937, 2, p. 243

²⁴²⁷ TGI Paris, 8 mars 1968, « Le saint », *Dalloz* 1968, p. 742



demande d'auteurs mécontents de l'adaptation qui a été faite de leur œuvre, recherchent si « *les remaniements apportés ont pu être commandés par les impératifs imposés par la vie matérielle, industrielle et commerciale du cinéma* »²⁴²⁸.

511. L'ajout de personnages, la suppression de scènes. Plus récemment, l'adaptateur du « petit prince » a pu intégrer de nouveaux personnages à l'histoire, dans la mesure où il avait reproduit fidèlement « *l'intrigue et le caractère du personnage principal* »²⁴²⁹. La cour a néanmoins précisé que la conclusion d'un contrat d'adaptation n'emportait aucune renonciation au droit au respect de l'œuvre.

Des personnages peuvent donc être ajoutés, supprimés, des scènes placées dans un ordre différent²⁴³⁰.

512. La jurisprudence favorable à la liberté de création. Les sanctions du non-respect de l'œuvre adaptée pouvaient être sévères et limiter sérieusement la liberté de création. Par exemple, la cour d'appel de Paris avait interdit la projection et condamné à des dommages et intérêts les auteurs d'un film dénaturant l'œuvre première²⁴³¹. Désormais, les sanctions prononcées à l'encontre des adaptateurs modifiant sans raison l'œuvre d'origine, sont moins attentatoires à la liberté de création. Cela résulte du désir des tribunaux de « *ne pas paralyser l'industrie du film si l'auteur connaissant les impératifs techniques du cinéma, a consenti à l'adaptation* »²⁴³². Pour F. POLLAUD-DULIAN, « *la jurisprudence est partagée entre le souci du respect de l'œuvre originale et la volonté de ne pas trop entraver la création de l'adaptateur, ce qui aboutit le plus souvent à faire pencher la balance en faveur de ce dernier* »²⁴³³.

513. Appréciation de l'absence de dénaturation de l'œuvre première. Les juges ont d'ailleurs estimé que l'équilibre devait pencher en faveur de la liberté de création lorsqu'il n'y avait pas d'atteinte au droit moral, dans la mesure où « *il ne saurait être question de tolérer un exercice discrétionnaire du droit moral qui rendrait tout engagement contractuel purement*

²⁴²⁸ CA Paris, 2 juillet 1957, *Dalloz* 1957, j. p. 698

²⁴²⁹ Cass. 1^{re} civ. 12 juin 2001, n°98-22591, note S. BERLAND, *Gazette du Palais*, 13 mai 2003 n° 133, sommaires p. 70 ; A. KEREVER, *RIDA*, n°191, janvier 2002, p. 176 et suiv. ; X. DAVERAT, « Informatique, communication et créations immatérielles : chronique numéro XVII (4^{ème} partie), *Les petites affiches*, 20 mars 2002, n°57, p. 9, n°2

²⁴³⁰ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n°643

²⁴³¹ CA Paris, 21 mars 1919, *Droit d'auteur* 1920, p. 32, cité par G. LYON-CAEN et LAVIGNE, note sous CA Paris, 2 juillet 1957, *Dalloz* 1975, j. p. 698

²⁴³² G. LYON-CAEN et P. LAVIGNE, note sous CA Paris, 2 juillet 1957, *Dalloz* 1975, j. p. 698

²⁴³³ F. POLLAUD-DULIAN, « l'esprit de l'œuvre et le droit moral de l'auteur », *RIDA* 215, janvier 2008, p. 103 et suiv., spéc. p. 133



potestatif en pareil domaine »²⁴³⁴. Pour LYON-CAEN et LAVIGNE, « le droit au respect ne doit s'exercer qu'en vue de défendre la substance de l'œuvre ; la liberté créatrice de l'adaptateur ne doit se manifester qu'en vue de satisfaire aux besoins techniques de la cinématographie. Bien que cette directive ne nous satisfasse que médiocrement, c'est, faute de mieux, celle que nous proposons à nouveau »²⁴³⁵.

Cet équilibre a été précisé par la jurisprudence à propos du film *le Saint*, adaptant les romans du même nom. Les juges ont pour cela recherché si les adaptateurs avaient tenu compte du caractère du *Saint*, tel qu'il ressortait à la lecture des romans, et perçu par les membres du tribunal. Ils ont ensuite visionné le film et ont recherché quels étaient les traits de caractères principaux du *Saint* dans le film. Ils en ont conclu que le personnage en question n'était pas burlesque dans le film, et qu'il n'y avait donc pas dénaturation. Ils ont simplement recherché si « *le respect du devoir de fidélité à l'égard de l'œuvre antécédente qu'il a transposé à l'écran* » était respecté. En effet, l'adaptateur de cinéma doit se montrer respectueux de la « *substance de l'œuvre originale* ». En revanche, il est reconnu à l'adaptateur, « *dont le rôle consiste, par des formes et des moyens en harmonie avec le mouvement de l'image qui est l'essence de cet art, à rendre l'œuvre accessible à un public composé de spectateurs et non de lecteurs* » une certaine liberté²⁴³⁶. La liberté de l'adaptateur est telle qu'aucune hiérarchie n'existe entre l'œuvre littéraire et le film.

En l'absence de contrat, l'adaptation n'est pas licite, à moins que l'œuvre ne soit tombée dans le domaine public (2). Seuls les droits moraux de l'auteur de l'œuvre adaptée pourront alors être invoqués.

2. La liberté de l'adaptateur lorsque l'œuvre première est tombée dans le domaine public

514. Lorsque l'œuvre est tombée dans le domaine public, seul le droit moral est susceptible de restreindre la liberté de création. Cependant, l'existence d'une atteinte est beaucoup plus contestable lorsque l'œuvre, ancienne, est tombée dans le domaine public. La liberté de création serait alors anormalement restreinte.

²⁴³⁴ Don d'Adèle, Tribunal de Bordeaux, 15 janvier 1951, *GP* 1951.1.372

²⁴³⁵ G. LYON-CAEN et P. LAVIGNE, note sous CA Paris, 2 juillet 1957, *Dalloz* 1957, j. p. 698

²⁴³⁶ TGI Paris, 8 mars 1968, *dalloz* 1968, j. p. 742 et suiv.

515. Le recours à la notion de liberté de création. La cour de cassation a dans ce sens affirmé qu'un auteur pouvait librement adapter une œuvre tombée dans le domaine public. Pour cela, elle s'est référée à la notion de liberté de création.

En l'espèce, l'auteur de l'œuvre seconde avait écrit une suite au roman de Victor Hugo. Pour cela, il a fait revivre un des personnages de l'auteur²⁴³⁷. Les héritiers de l'auteur décédé s'y sont opposés. Ch. CARON y voit une certaine censure. Les juges ont estimé que l'action n'était pas recevable, et soulignent de manière superfétatoire que l'auteur était favorable à ce que l'œuvre tombe dans le domaine public dès son décès. La question de l'équilibre entre liberté de création et droit moral est posée, d'autant plus que la limite à la liberté de création viendrait des héritiers de l'auteur décédé.

En appel, les juges ont limité la liberté de création, en affirmant que « *cette œuvre, véritable monument de la littérature mondiale* » « *n'est pas un simple roman en ce qu'elle procède d'une démarche philosophique et politique* » et est « *achevée* »²⁴³⁸.

La cour de cassation a cassé l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris. Elle a affirmé que « *la suite d'une œuvre littéraire se rattache au droit d'adaptation ; sous réserve du droit au respect du droit au nom et à l'intégrité de l'œuvre adaptée, la liberté de création s'oppose à ce que l'auteur de l'œuvre ou ses héritiers interdisent qu'une suite lui soit donnée à l'expiration du monopole d'exploitation dont ils ont bénéficié* »²⁴³⁹.

²⁴³⁷ Cela n'est pas nouveau, Ch. CARON cite Dante qui a fait revivre Ulysse dans l'Enfer (la Divine comédie) : Ch. CARON, « Irrecevabilité à agir d'un descendant de Victor Hugo pour interdire la diffusion de la suite des misérables », *JCP G* n°49, 5 décembre 2001, p. 2253 II 10636

²⁴³⁸ CA Paris, 4^e ch., section A, 31 mars 2004, comm. B. EDELMAN, « Requiem pour un héros », *Dalloz*, 15 juillet 2004, n°28, p. 2028 ; B. EDELMAN, *Le sacre de l'auteur*, éd. Seuil, 2004, voir p. 266 et suiv. ; Ch. CARON, « Les Misérables : œuvre figée pour l'éternité ? », *comm. comm. électr.*, mai 2004, n°5, comm. p. 24 ; A. LUCAS, *prop. intell.* juillet 2004, n°12, chron. p. 768

²⁴³⁹ Cass. 1^{re} civ., 30 janvier 2007, n°04-15.543, *JurisData* n°2007-037150, comm. Ch. CARON, « La publication d'une « suite » d'une œuvre littéraire tombée dans le domaine public ne peut être interdite en son principe », *JCP G*, 14 février 2007, n°7, II, 10025, p.29 ; J. DALEAU, « La liberté de création au secours du droit d'adaptation », *Dalloz*, 22 février 2007, n°8, p. 497 ; Ch. CARON, « Les Misérables devant la cour de cassation : le domaine public réaffirmé », *Comm. comm. électr.*, mars 2007, n°3, p. 26 ; S. CHOISY, « Pour le progrès des Lumières : le droit à l'adaptation des œuvres du domaine public », *Dalloz*, 29 mars 2007, n°13, p. 920 ; E. ZOLA-PLACE, « Misérables mais pas intouchables », *Légipresse*, mai 2007, n°241, p. 100 ; N. BINCTIN, « Marius et Cosette (A propos des suites données aux « Misérables » de Victor Hugo et l'articulation entre droit d'auteur et liberté d'expression », *Les petites affiches*, 19 juillet 2007, n°144, p.8 ; note *Gazette du palais*, 4 février 2007, n°35, p.6 ; F. POLLAUD-DULIAN, note sous arrêt : Chronique, note n°4, *RTD com*, avril 2007, n°2, p. 354 ; Th. LANCRENON, « La « suite » du roman Les Misérables au cœur d'une vraie bataille d'Hernani », *Gazette du palais*, 20 avril 2007, n°110, p. 10 ; Ch. CARON, « Droit de la propriété intellectuelle », *JCP G*, 25 juillet 2007, n°30, I, 176, p. 23 ; A. LATREILLE, « L'avènement d'un droit d'auteur sans auteur », *Droit et patrimoine*, septembre 2007, n°162, p. 28 ; S. GREGOIRE, « Auteur : œuvre littéraire et droit moral », in Centre d'étude sur la coopération juridique internationale, « Propriété littéraire et artistique », *JCP E*, n°37, septembre 2007, n° 2065, p. 17, n° 2 ; X. DAVERAT, « Communication et créations intellectuelles chronique n°



Les motifs tirés du mérite de l'œuvre, (la Cour d'appel avait en effet souligné qu'il s'agissait d'un « *monument de la littérature mondiale* »), ne doivent pas permettre de limiter la liberté de création. Pour y faire obstacle, il faut prouver une altération de l'œuvre première, ou une confusion quant à la paternité de l'œuvre.

La Cour a rattaché la suite au droit d'adaptation. Cela est contesté par certains, l'auteur de la suite écrirait un scénario nouveau²⁴⁴⁰. De plus, la suite ne répond pas aux critères exigés pour l'adaptation qui doit respecter « *l'esprit et le style de l'œuvre* »²⁴⁴¹. Si la référence à un « *droit d'adaptation* » est contestable, puisqu'il ne s'agit pas d'un droit²⁴⁴², il semble en revanche que l'utilisation de personnages d'une œuvre tombée dans le domaine public doive être autorisée « *sous réserve du droit au respect du droit au nom et à l'intégrité de l'œuvre adaptée* »²⁴⁴³.

516. La protection de la liberté de création par la convention européenne des droits de l'homme. Pour limiter le droit moral de l'auteur décédé, les juges se sont référés à la liberté de création, protégée par l'article 10 de la CEDH. Pour X. DAVERAT, cette référence à la liberté de création est fautive, car « *ce n'est pas la liberté de création qui permet de disposer de l'œuvre mais le fait que celle-ci soit dans le domaine public* »²⁴⁴⁴. Pourtant, cette référence à la liberté de création permet de rappeler que la liberté prévaut. De plus, pour Ch. GEIGER, « *il est communément admis que les droits de la personnalité s'estompent au fur et à mesure que le temps passe* »²⁴⁴⁵.

L'utilisation d'une œuvre préexistante doit être faite dans le respect des droits de l'auteur de celle-ci. Cependant, il arrive que l'œuvre soit considérée comme accessoire à la nouvelle création. Dans cette hypothèse, l'œuvre première n'étant pas le sujet principal de l'œuvre et

XXXII (1^{re} partie), *Les petites affiches*, n°85, 28 avril 2008, p. 7 ; P. SIRINELLI, « Chronique de jurisprudence », *RIDA* avril 2009, n° 220, p. 261

²⁴⁴⁰ X. DAVERAT, note sous cass. 1^{re} civ., 30 janvier 2007, pourvoi n°04-15.543 et TGI Paris, 20 juin 2007 : Comédie-Française c/ Koltès (Juris-Data n° 2007-340822), « Communication et créations intellectuelles chronique n° XXXII (1^{re} partie), *Les petites affiches*, n°85, 28 avril 2008, p. 7

²⁴⁴¹ *Ibid.*

²⁴⁴² L'adaptation ne peut se faire sans l'accord de l'auteur de l'œuvre protégée

²⁴⁴³ Ch. GEIGER, « Droit d'auteur et liberté de création artistique : un fragile équilibre. Libres propos à partir de l'arrêt « *Victor Hugo* » de la Cour de cassation du 30 janvier 2007 », *RLDI*, avril 2007, n°26, p.5 et suiv.

²⁴⁴⁴ X. DAVERAT, note sous cass. 1^{re} civ., 30 janvier 2007, pourvoi n°04-15.543 et TGI Paris, 20 juin 2007 : Comédie-Française c/ Koltès (Juris-Data n° 2007-340822), « Communication et créations intellectuelles chronique n° XXXII (1^{re} partie), *Les petites affiches*, n°85, 28 avril 2008, p. 7

²⁴⁴⁵ Ch. GEIGER, « Droit d'auteur et liberté de création artistique : un fragile équilibre. Libres propos à partir de l'arrêt « *Victor Hugo* » de la Cour de cassation du 30 janvier 2007 », *RLDI*, avril 2007, n°26, p.5 et suiv.. En sens contraire : F. POLLAUD-DULIAN, « l'esprit de l'œuvre et le droit moral de l'auteur », *RIDA* n° 215, janvier 2008, p. 103 et suiv., spéc. p. 137 : « *curieuse conception de la liberté de création que celle énoncée par l'arrêt du 30 janvier 2007 et qui consiste à permettre à n'importe qui de s'emparer de la création d'autrui et de la parasiter lorsqu'elle est tombée dans le domaine public et à interdire à l'auteur de décider de l'achèvement ou de la poursuite de son œuvre pour l'avenir. C'est ignorer que l'entrée dans le domaine public n'a jamais concerné que les droits d'exploitation et ne doit avoir aucune incidence sur le droit moral, qui est perpétuel* ».



n'apparaissant que peu dans l'œuvre seconde selon les critères retenus par la jurisprudence, les juges considèrent qu'elle est accessoire, et que les droits d'auteur ne trouvent donc pas à s'appliquer (§ 2). Admettre la représentation accessoire revient à rechercher un équilibre entre droit d'auteur et liberté de création²⁴⁴⁶.

§ 2 : La prise en compte des droits d'auteur écartée par la théorie de l'accessoire

517. La théorie de l'accessoire, écartant l'application du droit d'auteur sous certaines conditions, est une manifestation de la liberté de création. Il s'agit d'une limite prétorienne²⁴⁴⁷. Celle-ci a été prise en compte dès le début du XXe siècle²⁴⁴⁸. La théorie de l'accessoire a évolué (A). Si elle semble désormais établie, ses critères varient, plus particulièrement pour les œuvres audiovisuelles (B).

A) L'évolution de la théorie de l'accessoire garantissant la liberté de création

518. Historique. Une éventuelle prise en compte des droits de l'auteur d'une œuvre aperçue dans une autre œuvre est une question ancienne. Les juges du fond ont déjà eu à statuer sur celle-ci au début du XXe siècle. Ainsi, le tribunal de paix de Narbonne a affirmé la liberté de s'inspirer, de reproduire ce qui se situe sur le domaine public²⁴⁴⁹.

Le tribunal civil de Mirecourt a estimé que l'accessoire était librement fixé par l'image²⁴⁵⁰. En l'espèce, les cartes postales reproduisaient « *l'inauguration d'une statue élevée à la mémoire*

²⁴⁴⁶ B. KHALVADJIAN, comm. CA Paris, 4^e ch., section B, 12 septembre 2008, n° RG 07/00860, « « La théorie de l'accessoire » a encore de l'avenir devant elle... », *RLDI*, n°43, novembre 2008, perspective n°1429, p. 57 et suiv., p. 58-59

²⁴⁴⁷ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n°369

²⁴⁴⁸ Même si pour Ch. CARON, cette limite est contrôlée depuis 2005 : Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n°369. A. LUCAS estime qu'il s'agit d'une théorie imaginée par la cour de cassation en 2000 : Cass. 1^{re} civ., 12 décembre 2000 (à propos de chaises utilisées dans un film publicitaire), commenté par : Ch. CARON, « Une nouvelle exception de représentation accessoire est-elle née ? », *comm. comm. électr.* février 2001, comm. 14 ; E. DREYER, « Les chaises, l'héritier et le publicitaire : petite fable moderne », *Dalloz* 2001, p.1530 ; A. LUCAS, *Propriétés Intellectuelles* 2001, n° 1, p. 62, 1^{re} esp. ; et Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2001 Bull. Civ., I, n° 172 : *RIDA* 2/2002, p. 423 ; J. DALEAU, « L'apparition accessoire d'une œuvre n'est pas une représentation », *Dalloz*, 2001, p. 2517 ; A. LUCAS, *Propriétés intellectuelles* 2001, n° 1, chron. p. 62, 2^e esp.. Voir A. LUCAS, à propos de CA Paris P. 52^e ch., 19 mars 2010, Sarl Saga Communication c/ Royal Air Maroc et Universal, « Droit d'auteur et droits voisins », *prop. intell.* juillet 2010, n°36, p. 851, I, 3.1. « Droit moral. Adaptation mettant en cause le droit au respect de l'œuvre – Recevabilité de l'action en contrefaçon exercée par le seul titulaire des droits patrimoniaux (oui) »

²⁴⁴⁹ T. paix de Narbonne, 4 mars 1905, *Dalloz*, 1905, p. 389 : tout individu a un « droit de vue » « sur tout ce qu'il y a dans la rue : façades qui la bordent, personnages et attelages qui y circulent, en un mot sur toutes les scènes qui s'y déroulent et, par suite, le droit de prendre un cliché sur tout ce qu'il voit pour le reproduire sur cartes postales illustrées ou sur bandes cinématographiques ». (Voir Ch. GEIGER, « Liberté de l'image et droit d'auteur », *Légicom*, n°34, 2005/2, p. 65 et suiv., spéc., p. 71).

²⁴⁵⁰ Tribunal civil de Mirecourt, 10 juillet 1924, *DH* 1924.680, cité par H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, *Dalloz*, 3^e éd., 1978, n° 255



des combattants de la guerre de 1914-1919 »²⁴⁵¹. Pour le tribunal, la cérémonie était publique et « *ce n'est pas le monument, considéré en lui-même, qui constituait le centre de l'intérêt, quoique le but de la cérémonie en eût été l'inauguration* », mais la manifestation. Les juges ont écarté la nécessité du consentement préalable du sculpteur, car cela aurait sérieusement entravé²⁴⁵² la faculté des journaux de rendre compte de la cérémonie.

519. La mise à l'écart des droits d'auteur en raison de l'absence de communication des « traits originaux » de l'œuvre. Il s'agit d'une jurisprudence constante²⁴⁵³.

Dès 1987, la cour de cassation a limité les droits de l'auteur de l'œuvre reproduite dans la mesure où cette reproduction ne permettait pas d'identifier l'œuvre. Ainsi, la Cour de cassation a écarté la contrefaçon car seule une partie infime d'une fontaine était reproduite sur la publicité, en arrière-plan. Cette photographie a été prise sur le site de la Défense, et l'architecte, auteur de la fontaine monumentale, a estimé qu'il y avait eu reproduction litigieuse. Or la cour d'appel, confirmée en cela par la cour de cassation, a affirmé que « *les éléments figurant sur les affiches litigieuses ne communiquaient pas au public les traits originaux de la fontaine* ». Pour le TGI, même s'il n'y avait pas contrefaçon, l'auteur de l'œuvre devait être cité, mais selon la cour d'appel, le fait que l'œuvre soit accessoire, ne permettait pas à l'auteur de se prévaloir de ses droits²⁴⁵⁴. La cour de cassation a également écarté l'atteinte au droit moral de l'auteur²⁴⁵⁵.

²⁴⁵¹ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, n° 255

²⁴⁵² *Ibid.*

²⁴⁵³ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, n° 570. Voir par exemple cass. 1^{re} civ. 4 juillet 1995, S. CARRE, « Exception : courte citation, représentation accessoire... » in M. VIVANT, dir. *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, grands arrêts, 2004, n° 12, p. 155 et suiv. ; B. EDELMAN, « La représentation d'une œuvre artistique dans une œuvre audiovisuelle », *Dalloz* 1996, p. 4 ; *JCP G* 1995, IV, 2186 ; cass. 1^{re} civ. 15 mars 2005, comm. J. DALEAU, « Place des Terreaux de Lyon : épilogue d'une chronique judiciaire », *Dalloz* 2005, AJ, p. 1026 ; Ph. ALLAEYS, « Quand l'œuvre accessoire su(b)it le principal », *Dalloz* 2005, « Propriété littéraire et artistique » jurispr. p. 1645 ; P. SIRINELLI, « Propriété littéraire et artistique », *Dalloz*, 2005, pan. 1482, spéc. p. 1488 ; T. LANCRENON, « Est licite, car accessoire au sujet traité, la reproduction sur cartes postales d'une œuvre qui se fonde dans un ensemble architectural », *JCP* 2005, II, 10072 ; P. SIRINELLI, *propriétés intellectuelles* avril 2005, n° 15, chron. p. 165 ; L. COSTES, « Reproduction d'une œuvre s'incorporant au sol de l'espace public et non caractérisation d'une atteinte au droit d'auteur », *RLDI* avril 2005, p. 14 n° 111 ; A. KEREVER, *RIDA*, juillet 2005, p. 459 ; Ch. CARON, « De la représentation accessoire d'une œuvre de l'esprit », *comm. Electr.*, mai 2005, com. 78 ; F. PAULLAUD-DULIAN, *RTD com.*, 2005, p. 306 ; CA Bordeaux, 13 juin 2006, J.-M. BRUGUIERE, *prop. intell.* 2007, n° 22, chron. p. 91

²⁴⁵⁴ CA Paris, 30 mai 1985, ch. 4, section B, Numéro JurisData : 1985-024642

²⁴⁵⁵ Cass. 1^{re} civ., 16 juillet 1987, bulletin 1987 I n° 225 p. 165



Dans ce sens, la représentation accessoire n'est pas licite lorsque les œuvres ont été « *volontairement présentées pour elles-mêmes* »²⁴⁵⁶. Cela a été rappelé notamment par la cour de cassation dans un arrêt du 4 juillet 1995. Il s'agissait en l'espèce d'une œuvre audiovisuelle dans laquelle des statues étaient « *filmées intégralement et en gros plan ce qui, eu égard au sujet traité, ne s'imposait pas...* »²⁴⁵⁷.

520. Le fondement : la libre reproduction des paysages. Le fondement de cette théorie peut être « *le principe de la libre reproduction des paysages* »²⁴⁵⁸. Il s'agit alors « *d'une tradition que le silence du législateur n'a pas condamnée, une tolérance relative aux monuments et aux œuvres d'art élevées dans les lieux publics* »²⁴⁵⁹. Les créations situées dans les lieux publics et « *représentées en arrière-plan et de manière accessoire, ne [donnent] pas prise au droit d'auteur* »²⁴⁶⁰. Ce principe doit se concilier avec l'interdiction de toute reproduction faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants cause de l'article L. 122-4 CPI²⁴⁶¹.

Cette solution a été affirmée à plusieurs reprises. Dans le même sens, on peut citer un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris, le 14 septembre 1999, dans lequel les juges ont estimé que la fresque murale visible dans un film « *ne constitue qu'un élément d'un paysage de la ville de Marseille librement offert au public* ». Cela fait des paysages, urbains ou naturels, « *une sorte de res communes (article 714 du code civil) au plan incorporel* »²⁴⁶². Cette fresque avait un caractère accessoire²⁴⁶³.

²⁴⁵⁶ Cass. 1^{re} civ., 4 juillet 1995, comm. B. EDELMAN, « La représentation d'une œuvre artistique dans une œuvre audiovisuelle », *Dalloz* 1996, p. 4, 2^e esp.

²⁴⁵⁷ *Ibid.*

²⁴⁵⁸ CA Paris, 1^{re} ch., section A, 14 septembre 1999, com. M.-A. GALLOT LE LORIER et V. VARET, « Le droit d'auteur limité par l'espace public », *Légipresse*, 2000, n°169, III, p. 33

²⁴⁵⁹ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, n° 246

²⁴⁶⁰ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, n° 570

²⁴⁶¹ CA Paris, 1^{re} ch., section A, 14 septembre 1999, note GALLOT LE LORIER et VARET, « Le droit d'auteur limité par l'espace public », *Légipresse*, 2000, n°169, III, p. 33 ; article L.122-4 CPI : « *Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque* ».

²⁴⁶² GALLOT LE LORIER et VARET, note sous CA Paris, 1^{re} ch., section A, 14 septembre 1999, « Le droit d'auteur limité par l'espace public », *Légipresse*, 2000, n°169, III, p. 36

²⁴⁶³ CA Paris, 1^{re} ch., section A, 14 septembre 1999. Le caractère accessoire de la représentation d'une œuvre d'art située dans un lieu public avait déjà été reconnue : CA Paris, 12 avril 1995, note V. CROMBEZ, « Protection de l'image d'un bien », *JCP G* 1997, II, 22806 ; TGI Paris, 1^{re} ch., 28 mai 1997, *RIDA* n° 175, janvier 1998, p. 329 (à propos d'œuvres situées dans un lieu public et dont on ne pouvait percevoir les caractéristiques dans le film publicitaire) ; TGI Nanterre, 12 novembre 1997, *Légipresse* 1998, 1, 130



521. Aménagement de la théorie de l'accessoire : la non protection des œuvres incorporées dans un lieu public, même si elles sont reconnaissables. La théorie de l'accessoire touche initialement les œuvres situées sur les lieux publics²⁴⁶⁴.

La Cour d'Appel de Lyon²⁴⁶⁵ a fait prévaloir la liberté de création dans la mesure où l'œuvre reproduite, située dans un domaine public, était accessoire au sujet traité.

La place des Terreaux à Lyon a été reproduite sur des cartes postales. Six des neuf photographies représentaient la place de nuit et éclairée. Les auteurs de l'aménagement de la place ont estimé que ces photographies étaient contrefaisantes, car vendues en fraude de leurs droits moraux et patrimoniaux. Pour les juges du TGI de Lyon, s'il s'agit effectivement d'une œuvre relevant de la protection par le droit d'auteur, et que ce droit s'applique également lorsque l'œuvre est installée dans un domaine public, « *l'intrication entre le patrimoine historique bordant la place et les aménagements modernes réalisés par les demandeurs pour son sol et sa périphérie est telle qu'elle interdit en pratique de distinguer les deux éléments, et spécialement de reproduire les bâtiments historiques sans montrer en même temps partie des aménagements modernes* »²⁴⁶⁶. Il ajoute que jusqu'au réaménagement de la place, celle-ci était librement reproductible et qu'il se saurait en être autrement après les travaux, à partir du moment que les cartes postales ne reproduisent pas isolément l'œuvre des demandeurs. Les juges demandaient « par courtoisie » aux éditeurs de cartes postales de mentionner les noms des auteurs du réaménagement²⁴⁶⁷. Or la situation n'est pas tout à fait identique aux précédentes. En effet, lorsque l'on se réfère à l'arrêt de la cour de cassation du 16 juillet

²⁴⁶⁴ Voir cass. 1^{re} civ. 4 juillet 1995, « La représentation d'une œuvre située dans un lieu public n'est licite que lorsqu'elle est accessoire par rapport au sujet principal représenté ou traité », *Dalloz* 1996, somm. p. 4 ; N. B. « Tableaux de jurisprudence », *JCP* 1995, IV, 2186 ; S. CARRE, « Exception : courte citation, représentation accessoire... » in M. VIVANT, dir. *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, grands arrêts, 2004, n° 12, p. 155 et suiv. ; B. EDELMAN, « La représentation d'une œuvre artistique dans une œuvre audiovisuelle », *Dalloz* 1996, p. 4 ; Cass. 1^{re} civ., 12 décembre 2000, com. E. DREYER, « Les chaises, l'héritier et le publicitaire : petite fable moderne », *Dalloz* 2001, jurispr. p. 1530

²⁴⁶⁵ CA Lyon, 1^{re} ch. Civ., 20 mars 2003, B. EDELMAN, « Vers une « exception de domaine public » en droit d'auteur », *Dalloz*, 2003, p. 3037 ; P. SIRINELLI, « La présentation partielle d'une place sur une carte postale échappe au grief de contrefaçon », *Dalloz*, 2003, somm. p. 2759 ; A. LUCAS, *propr. intell.* octobre 2003, n° 9, chron. p. 385 ; Ch. CARON, « La place lyonnaise des Terreaux n'aime pas le droit d'auteur ! », *comm. comm. électr.*, septembre 2003, n° 9, comm. n° 81, p. 23 ; X. DAVERAT, in « Communication et créations intellectuelles : chronique n° XXII », *Petites affiches*, 19 janvier 2004, n° 13, p. 6

²⁴⁶⁶ TGI Lyon, 1^{re} ch., 4 avril 2001, « Peut-on photographier librement une œuvre d'art et d'architecture incorporée à des bâtiments publics ? », *Dalloz* 2002, p. 1417 ; B. EDELMAN, « De la prééminence du domaine public », *Dalloz* 25 avril 2002, n° 17, p. 1417 ; F. POLLAUD-DULIAN, « Propriété littéraire et artistique ; réaménagement de la place des Terreaux à Lyon : les limites au droit de l'auteur d'une œuvre située sur la voie publique », *JCP G* 11 juillet 2001, n° 28, II, n° 10563, p. 1377 ; *RIDA*, oct. 2001, p. 421, note S. CHOISY ; contre cette décision : P.-Y. GAUTIER, in *Le Monde*, 11 avril 2002.

²⁴⁶⁷ B. EDELMAN in B. EDELMAN, « Vers une « exception de domaine public » en droit d'auteur », *Dalloz*, 2003, p. 3037. Voir N. WALRAVENS, « La protection de l'œuvre d'art et le droit moral de l'artiste », *RIDA* juillet 2003, p. 3 et suiv., note 29



1987²⁴⁶⁸, l'œuvre accessoire n'était pas identifiable, seule une petite partie en était reproduite. Si cette solution est favorable à la liberté de création, il semble cependant que l'œuvre de messieurs Buren et Drevet était parfaitement visible et reconnaissable. Il était donc difficile d'écarter tout droit de propriété intellectuelle sur ces reproductions, surtout le droit moral de ces artistes.

La cour d'appel, dans le même sens, écarte la contrefaçon, en retenant d'une part que l'œuvre est accessoire au sujet traité, et d'autre part que « *la protection particulière qui est accordée aux auteurs du réaménagement de la place des Terreaux ne doit pas porter atteinte à la jouissance commune* ». La théorie de l'accessoire est mal adaptée à l'espèce, puisque l'œuvre était reconnaissable. Limiter leurs droits d'auteur était cependant justifié. En effet, l'œuvre située dans le domaine public est incorporée dans une place, on ne pouvait ici les représenter l'une sans l'autre. Il était donc nécessaire d'empêcher les auteurs de cette œuvre de limiter la liberté de création de ceux qui voudrait reproduire la place. Il semblait essentiel de permettre la « *jouissance commune* », incluant les droits de reproduction et de représentation de ces lieux. La négation du droit moral des auteurs du réaménagement de la place, en particulier de leur droit au respect de leur nom, est plus discutable. Pour B. EDELMAN, s'appuyant sur l'article L. 122-5 CPI, le droit de paternité devait jouer, la courte citation n'étant autorisée que « *sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source* »²⁴⁶⁹.

522. Cet arrêt est confirmé par la cour de cassation²⁴⁷⁰. Cette solution va à l'encontre de la théorie de l'accessoire pour P.-Y. GAUTIER²⁴⁷¹, dans la mesure où l'œuvre était parfaitement reconnaissable.

²⁴⁶⁸ Cass. 1^{re} civ., 16 juillet 1987, bulletin 1987 I n° 225 p. 165

²⁴⁶⁹ B. EDELMAN, « Vers une « exception de domaine public » en droit d'auteur », *Dalloz*, 2003, p. 3037, n° 11

²⁴⁷⁰ Cass. 1^{re} civ., 15 mars 2005, note J. DALEAU, « Place des Terreaux de Lyon : épilogue d'une chronique judiciaire », *Dalloz* 2005, AJ p. 1026 ; Ph. ALLAEYS : « Quand l'œuvre accessoire su(b)it le principal », *Dalloz* 2005, jurispr. 1645 ; p. SIRINELLI, « Propriété littéraire et artistique », *Dalloz* 2005, pan. p. 1482 et suiv., voir p. 1488 ; T. LANCRENON, « Est licite, car accessoire au sujet traité, la reproduction sur cartes postales d'une œuvre qui se fond dans un ensemble architectural », *JCP G* 2005, II, 10072 ; P. SIRINELLI, *propriétés intellectuelles*, avril 2005, n° 15, chron. p. 165 ; L. COSTES, « Reproduction d'une œuvre s'incorporant au sol de l'espace public et non caractérisation d'une atteinte au droit d'auteur », *RLDI* avril 2005, p. 14 n° 111 et *RLDA*, mai 2005, n° 82, jurispr. n° 5146, p. 35 ; *RIDA* n° 205, 2005/7, p. 459 obs. KEREVER ; Ch. CARON, « De la représentation accessoire d'une œuvre de l'esprit », *com. com. électr.* mai 2005, n° 5, com. 78 ; CARON ; F. POLLAUD-DULIAN, note, *RTD com* avril 2005, p. 306 ; également Ch. GEIGER, « L'arrêt « Buren », une libération ? », *RLDI*, mai 2005, n° 5, act. n° 134, p. 10 ; J.-M. BRUGUIERE, « Reproduction d'un aménagement d'espace public constitutif d'un simple accessoire au sujet traité », *Légipresse* mai 2005, n° 221, III, p. 73 et suiv. ; P. SIRINELLI, *Propri. intell.* 2005, n° 15, chron. p. 165 ; P. GREFFE, « Propriété littéraire et artistique », *gazette du palais*, 10 novembre 2005, n° 314, p. 21 ; X. DAVERAT, « Communication et créations intellectuelles Chronique n° XXVIII (1^{re} partie) », *Petites affiches*, 27 février 2006 n° 41, p. 6, n° 3

²⁴⁷¹ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^e éd., 2012, n° 109, p. 118

523. La théorie de l'accessoire appliquée à des œuvres exposées dans un lieu privé.

Le fait que l'œuvre soit exposée dans un lieu privé ou public est indifférent. L'accessoire n'est pas exclu, « *la nature publique ou privée du lieu n'ayant pas d'incidence sur l'existence du monopole, seule important la notion de communication au public* »²⁴⁷². Cette notion permet en effet d'écarter le droit de l'auteur sur son œuvre, limitant ainsi le droit d'auteur au profit de la liberté de création.

Cette solution est établie depuis un arrêt du 12 juin 2001²⁴⁷³.

La théorie de l'accessoire s'applique également aux œuvres audiovisuelles. Il semble que les critères d'application de la théorie qui ont été adaptés, ne soient pas clairement établis, ce qui remettrait en cause la nature même de cette limite (B).

B) La remise en cause de la théorie de l'accessoire comme limite externe

524. Critère de l'accessoire : la représentation ne doit pas être « délibérée et répétée ». Un créateur ne peut librement utiliser les œuvres protégées d'un autre dans sa propre œuvre, si leur présence est « *délibérée et répétée* »²⁴⁷⁴, peu importe que son apparition soit rapide. Le caractère accessoire est alors écarté. En l'espèce, la représentation de chaises dans un film publicitaire a été constitutive de contrefaçon²⁴⁷⁵. *A contrario*, on peut supposer qu'une représentation qui ne serait pas répétée ou délibérée pourrait être accessoire²⁴⁷⁶. Or la représentation d'une œuvre d'art n'est normalement pas possible, lorsque celle-ci est protégée par le droit d'auteur. En effet, le droit de citation ne trouve pas à s'appliquer pour ce type d'œuvres²⁴⁷⁷. Ici, la brièveté n'est pas le critère retenu pour déterminer s'il s'agit d'une

²⁴⁷² CA Paris, 4^e ch., section B, 12 septembre 2008, n° RG 07/00860, com. B. KHALVADJIAN, « « La théorie de l'accessoire » a encore de l'avenir devant elle... », *RLDI*, n°43, novembre 2008, perspective n°1429, p. 57 et suiv.

²⁴⁷³ Voir Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n°369. Cass. 1^{re} civ. 12 juin 2001, comm. A. LUCAS, *propriétés intellectuelles* 2001, n°1, p. 62 ; *RIDA*, avril 2002, p. 331 ; cass. 1^{re} civ., 12 décembre 2000, Ch. CARON, « Une nouvelle exception de représentation accessoire est-elle née ? », *comm. électr.* février 2001, comm. n°14, p. 25 ; A. LUCAS, *propr. intell.* 2001, n°1, p. 62

²⁴⁷⁴ Voir par exemple l'affaire Utrillo, le caractère délibéré des apparitions des peintures exclut la représentation accessoire : CA Paris, 4^e ch., 30 mai 2001 ; Fabris c/ Sté France 2 ; Cass. 1^{re} civ. 13 novembre 2003, commenté notamment par Ch. GEIGER, « Exception de citation et droits fondamentaux, une occasion manquée de faire avancer le discours sur les exceptions au droit d'auteur ? », *JCP G* n°21, 19 mai 2004, II, 10080

²⁴⁷⁵ Cass. 1^{re} civ., 12 décembre 2000, comm. Ch. CARON, « Une nouvelle exception de représentation accessoire est-elle née ? », *comm. comm. électr.* février 2001, comm. n°14, p. 25

²⁴⁷⁶ *Ibid.*

²⁴⁷⁷ Voir le paragraphe sur la citation d'œuvre, *supra* n° 356 et suiv.. La reproduction intégrale d'une œuvre n'est pas considérée comme une courte citation et ne peut donc pas permettre au créateur de l'œuvre seconde d'utiliser librement des œuvres protégées. Dans ce sens : Cass. 1^{re} civ., 4 juillet 1995, *RIDA*, janvier 1996, p. 263. Voir également Cass. ass. plén. 5 novembre 1993 : note Th. FOYARD, « La reproduction intégrale dans le catalogue d'un commissaire-priseur de tableaux en format réduit ne peut s'analyser en une courte citation », *Dalloz* 1994, p. 481 (l'auteur est favorable à la citation d'œuvres d'art) ; A. FRANCON, *RTD com.* 1994, p. 50 ; *RIDA*,



représentation accessoire ou non, la cour précise que la représentation des chaises a été « rapide » et que cela n'influe pas sur le caractère accessoire de celle-ci. La fugacité n'est donc pas retenue.

525. Rejet de la fugacité lorsque l'œuvre apparaît intégralement. L'apparition d'une statue dans une publicité qui n'est pas tournée en décors naturels, a été considérée comme préjudiciable, car elle apparaît comme un élément de décor. Elle était en outre filmée intégralement, avec un mouvement de zoom, peu importe qu'elle apparaisse de manière fugace dans le film²⁴⁷⁸. Cette solution a cependant été abandonnée, lorsque l'œuvre en question n'est pas le sujet principal du film.

526. L'œuvre n'est pas le sujet principal du film. Le caractère non délibéré de la représentation est suffisant. Cela a été affirmé dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris, le 12 septembre 2008. un documentaire avait été réalisé sur « *la vie quotidienne* » d'un maître et de ses élèves dans leur classe de campagne. On apercevait dans le film plusieurs planches d'illustration de la méthode de lecture « Gafi le fantôme »²⁴⁷⁹. La société productrice du film a été assignée en contrefaçon. Cependant, lorsque les illustrations exposées dans la salle de classe apparaissent parfois « *de manière centrée* », les juges estiment que les droits de leur auteur ne sont pas pour autant enfreints, car la caméra mettait en valeur les personnages. Ces illustrations n'étaient pas le sujet du film, « *à aucun moment, elles ne sont représentées pour*

janvier 1994, p. 320 ; A. FRANCON, « Propriété littéraire et artistique », *JCP* 1994. II. 22201. Civ. 1^{re}, 10 février 1998, *JCP E* avril 1998, pan. p. 539 ; *Légipresse* 1998, I, p. 68. Cass. 1^{re} civ. 25 janvier 2005, *Bull. civ. I*, n° 44 ; Ph. ALLAEYS, « Donation et citation d'une œuvre artistique », *Dalloz* 2005. AJ p. 956 ; A. KEREVER, *RIDA*, avril 2005, p. 157. Cass. 1^{re} civ. 7 novembre 2006, *Bull. civ. I*, n° 463 ; F. POLLAUD-DULIAN, *RTD com.* 2007, p. 91 ; A. BOUVEL, « Citations d'œuvres graphiques et plastiques : les juges du fond résistent, le législateur aussi ! », *Légipresse* n° 240, avril 2007, III, p. 80 ; J.-M. BRUGUIERE, *Propriétés intellectuelles* 2007, n° 22, chron. p. 91. Sur renvoi : CA Paris, 4^e ch. section B, 12 octobre. 2007 : com. F. POLLAUD-DULIAN, *RTD com.* 2008 p. 79 ; Ch. CARON, « De l'effet de la résiliation d'un contrat d'enregistrement exclusif », *com. com. électr.* mars 2007, comm. n° 35 ; V. VARET, « Reconnaissance de la courte citation en matière photographique à fins d'actualité, à des faits antérieurs à la loi DADVSI », *Légipresse* n° 246, novembre 2007, III, p. 258. Voir aussi CA Paris, 4^e ch. A, 14 mars 2007 : A. LUCAS, *Propriétés intellectuelles*, juillet 2007, n° 24, chron. p. 318. CA Paris, 4^e ch. B, 21 mars 2008 : com. F. POLLAUD-DULIAN, *RTD com.* 2008, p. 549 ; J.-M. BRUGUIERE, *Propriétés intellectuelles* 2008, n° 28, chron. p. 327.

Dans le sens contraire : CA Paris, 2 février 2005 : Ch. CARON, « Du nouveau en matière de citation d'une photographie », *comm. comm. électr.* mai 2005, comm. 79 ; A. ZOLLINGER, « Courte citation d'œuvres artistiques : photographie » in « Propriété littéraire et artistique », *JCP E* 2005. 1216, n° 3 ; A. BOUVEL, « Citation d'œuvres graphiques et plastiques : les juges du fond résistent ! », *Légipresse* n° 223, juillet 2005, III, p. 131. CA Bordeaux, 1^{re} ch., 13 juin 2006, obs. A. LUCAS, *propriétés intellectuelles*, juillet 2007, n° 24, p. 319. Voir également l'affaire « Etre et avoir » : CA Paris, 12 septembre 2008 : B. LHLVADJIAN, « « *La théorie de l'accessoire* » a encore de l'avenir devant elle », *RLDI* novembre 2008, n° 43, p. 57, n° 1429 ; Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2011, n°08-20.651, note Ch. CARON, « La limite de l'accessoire consacrée avec un nouveau fondement », *comm. comm. électr.*, n°7, juillet 2011, comm. 62

²⁴⁷⁸ CA Versailles, ch. I, section A, 15 janvier 1998, jurisdata n° 1998-041291

²⁴⁷⁹ CA Paris, 4^e ch., section B, 12 septembre 2008, n°RG 07/00860 ; cass. 1^{re} civ., 12 mai 2011, n°08-20651



elles-mêmes »²⁴⁸⁰. La cour précise néanmoins que les œuvres ne sont que « *balayées et vues de manière fugitive* » et qu'à aucun moment le maître n'est montré en utilisant ces illustrations. La brièveté est soulignée ici, mais il semble qu'elle ne fasse qu'accentuer le caractère accessoire de la représentation. Le fait que le maître n'ait pas enlevé ces affiches se justifie également parce qu'il s'agit d'un documentaire et que celles-ci ont un but pédagogique²⁴⁸¹. La cour de cassation a confirmé cet arrêt²⁴⁸².

527. La représentation accessoire ne peut être délibérée et servir à valoriser le produit promu par le film publicitaire. Certains préconisent donc une application exceptionnelle de l'exception, la représentation accessoire devant être fortuite²⁴⁸³, en plus de ne pas être un élément principal de l'œuvre.

La théorie de l'accessoire n'est pas retenue lorsque l'utilisation de l'œuvre « *n'est pas fortuite mais procède d'un choix délibéré où les caractéristiques* » de celle-ci ont servi à valoriser l'image du produit en cause. En l'occurrence, il s'agissait d'une publicité pour un poulet dans laquelle on pouvait voir un chemin de table dont le dessin était protégé par le droit d'auteur²⁴⁸⁴. La publicité était construite de telle manière que le chemin de table en question était parfaitement reconnaissable, puisque montré seul comme élément principal du plan précédant celui montrant le produit qui faisait l'objet de la publicité, le poulet. De plus, l'esprit festif et la haute qualité étaient suggérés par ce chemin de table. Il s'agit là d'une limite à la liberté de création, qui prend en compte le type d'œuvre à laquelle les juges ont à faire. En effet, la brièveté de la représentation est due au fait qu'il s'agit d'une publicité, et ne

²⁴⁸⁰ CA Paris, 4^e ch., section B, 12 septembre 2008, n°RG 07/00860, com. B. KHALVADJIAN, « « La théorie de l'accessoire » a encore de l'avenir devant elle... », *RLDI*, n°43, novembre 2008, perspective n°1429, p. 57 et suiv. ; P.-Y. GAUTIER, « Le triomphe de la théorie de l'arrière-plan », *com. com. électr.*, novembre 2008, p. 20 ; P. SIRINELLI, « Chronique de jurisprudence », *RIDA* janvier 2009, n° 219, p. 193 ; A. LUCAS, « Droit d'auteur et droits voisins », *propriétés intellectuelles*, janvier 2009, p. 53 et suiv.

²⁴⁸¹ Lorsque les créations sont représentées sans que leur présence ne soit nécessaire, la théorie de l'accessoire ne joue pas : B. KHALVADJIAN, *comm. CA Paris, 4^e ch., section B, 12 septembre 2008, n°RG 07/00860*, « « La théorie de l'accessoire » a encore de l'avenir devant elle... », *RLDI*, n°43, novembre 2008, perspective n°1429, p. 57 et suiv., p. 57 et suiv. ; l'auteur cite TGI Paris, 17 décembre 2002, jurisdata n°2002-226230

²⁴⁸² Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2011, com. J. DALEAU, « Droit d'auteur : exception d'inclusion fortuite », *Dalloz* 2011, p. 1875 ; C. CASTET-RENARD, « Etre et avoir... et apparaître accessoirement ! Ou comment limiter le monopole de l'auteur », *dalloz*, 2011, p. 1875 ; Ch. CARON, « La limite de l'accessoire consacrée avec un nouveau fondement », *comm. comm. électr.* juillet 2011, p. 21 ; L. COSTES, « Film Etre et avoir : confirmation de l'exception « d'accessoire » », *RLDI*, juin 2011, n°72, p. 17 ; A. BENSAMOUN, « L'exception fondée sur l'accessoire : accessoirement non transposée », *RLDI* juin 2011, n°72, p. 6 ; A. LUCAS, « Droit d'auteur et droits voisins », *propriétés intellectuelles*, juillet 2011, n°40, p. 286 et suiv., spéc. p. 298

²⁴⁸³ Ch. CARON, *comm. sous cass. 1^{re} civ., 12 décembre 2000*, « Une nouvelle exception de représentation accessoire est-elle née ? », *comm. comm. électr.* Février 2001, comm. n°14, p. 25

²⁴⁸⁴ A. LUCAS, « Droit d'auteur et droits voisins », *prop. intell.* juillet 2010, n°36, p. 851 et suiv., I, 4.



saurait pas entrer en ligne de compte pour apprécier le caractère accessoire de la représentation²⁴⁸⁵.

528. Caractère fortuit de l'apparition de l'œuvre : nouveau fondement ? La référence au caractère fortuit de l'utilisation de l'œuvre avait déjà été faite à propos de dessins sur un chemin de table ou une statue. L'utilisation de l'œuvre avait été condamnée.

Par un arrêt du 12 mai 2011, la cour de cassation a consacré la théorie de l'accessoire avec un nouveau fondement²⁴⁸⁶. Dans l'arrêt en cause, les demandeurs ont invoqué le fait que la limite au monopole de l'auteur que constitue l'accessoire n'est pas prévue par l'article L. 122-5 CPI. Elle n'est pas d'avantage prévue par la directive européenne du 22 mai 2001, seul le caractère fortuit de l'apparition de l'œuvre, selon la directive, pouvant limiter le monopole de l'auteur. La cour de cassation a affirmé que *« une telle présentation de l'œuvre litigieuse était accessoire au sujet traité résidant dans la représentation documentaire de la vie et des relations entre maître et enfants d'une classe unique de campagne, de sorte qu'elle devait être regardée comme l'inclusion fortuite d'une œuvre, constitutive d'une limitation au monopole d'auteur, au sens de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001, telle que le législateur a, selon les travaux préparatoires, entendu la transposer en considération du droit positif »*. Pour J.-M. BRUGUIERE, le raisonnement n'est pas convainquant²⁴⁸⁷. Selon cet auteur, *« il n'y a pas nécessairement de coïncidence entre l'inclusion fortuite et la limite de l'accessoire »*²⁴⁸⁸. La question à se poser est *« si l'œuvre est ou non représentée (reproduite) dans ses éléments caractéristiques. Si tel n'est pas le cas, il n'y a pas représentation ou reproduction et donc le monopole n'est pas touché »*²⁴⁸⁹. Or en l'espèce, les œuvres étaient reconnaissables. Ce qui semble prévaloir c'est l'absence d'atteinte ou d'utilisation volontaire, limitant ainsi l'étendue de la protection par le droit d'auteur. Cette solution semble plus proche de l'arrêt rendu à propos de la place des terreaux à Lyon, où il était impossible de montrer les bâtiments historiques sans les aménagements modernes. Néanmoins, l'arrêt rendu le 12 mai 2011 semble plus discutable, au regard de la théorie de l'accessoire, dès lors qu'il n'était pas impossible de montrer la classe sans ces affiches. La liberté de création est dès lors étendue,

²⁴⁸⁵ En l'occurrence, les premiers juges avaient estimé que le chemin de table n'était pas reconnaissable, tant la représentation était brève et fugace : A. LUCAS, « Droit d'auteur et droits voisins », *prop. intell.* juillet 2010, n°36, p. 851 et suiv., I, 4

²⁴⁸⁶ Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2011, n°08-20.651, P+B+R+I, note Ch. CARON, « La limite de l'accessoire consacrée avec un nouveau fondement », *comm. comm. électr.*, n°7, juillet 2011, comm. 62

²⁴⁸⁷ J.-M. BRUGUIERE, *chron. comm. CA Paris, pôle 5, ch. 2, 20 mai 2011, propriétés intellectuelles*, octobre 2011, n°41, p. 399 et suiv., n°3

²⁴⁸⁸ *Ibid.*

²⁴⁸⁹ *Ibid.*



dans la mesure où celui qui utilise une œuvre est dispensé de demander une autorisation lorsque l'œuvre n'est pas montrée en tant que telle et demeure secondaire. Il est nécessaire de délimiter clairement la théorie de l'accessoire.

529. La théorie de l'accessoire, limite externe au droit d'auteur. La théorie dont il s'agit permet à un créateur de reproduire une œuvre lorsqu'elle n'est pas l'objet principal de sa création²⁴⁹⁰. L'œuvre représentée accessoirement ne donne en effet pas prise au droit d'auteur²⁴⁹¹. Il s'agit plus exactement d'une limite externe au droit d'auteur²⁴⁹². Le raisonnement construit par les juges est le suivant : il s'agit d'un usage selon lequel la représentation et la communication au public lorsqu'elle est accessoire au sujet traité, ne porte pas atteinte au monopole du droit d'auteur. « *La représentation accessoire d'une œuvre se situe en dehors du monopole de l'auteur, en dehors donc du droit de propriété que l'auteur détient sur son œuvre* »²⁴⁹³. Pour plusieurs auteurs, il s'agit d'une limite externe au monopole et non d'une exception²⁴⁹⁴. La jurisprudence est donc susceptible de créer de nouvelles limitations favorables à la liberté de création. Cependant, Ch. GEIGER est favorable à une « *exception de domaine public* »²⁴⁹⁵, incluse dans les droits d'auteur.

Les critères de la théorie de l'accessoire sont le caractère accessoire de l'œuvre « *par rapport au thème général* », ou encore « *par rapport au sujet lui-même* » : l'œuvre reproduite²⁴⁹⁶ : si les caractéristiques essentielles de l'œuvre sont reproduites.

²⁴⁹⁰ Voir les définitions de Ch. GEIGER par exemple : « *cette exception consacre la possibilité de reproduire ou représenter une œuvre graphique ou plastique située dans un lieu accessible à tous lorsque celle-ci ne constitue pas le sujet principal de la reproduction* » in Ch. GEIGER, « Liberté de l'image et droit d'auteur », *Légicom*, n°34, 2005/2, p. 65 et suiv., spéc., p. 70 ; ou encore : l'« *œuvre reproduite ou représentée n'est pas l'objet principal de l'image réalisée* » : C. BERNAULT, J.-P. CLAVIER, *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, ellipses, 2008, p. 372

²⁴⁹¹ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, n° 570 : « *toute création (œuvre architecturale, sculpture...) située dans un lieu public et représentée en arrière-plan et de manière accessoire, ne donne pas prise au droit d'auteur* ».

²⁴⁹² CA Paris, 4^e ch., section B, 12 septembre 2008, n°RG 07/00860, com. B. KHALVADJIAN, « « La théorie de l'accessoire » a encore de l'avenir devant elle... », *RLDI*, n°43, novembre 2008, perspective n°1429, p. 57 et suiv., spéc. p. 58

²⁴⁹³ CA Paris, 4^e ch., section B, 12 septembre 2008, n°RG 07/00860

²⁴⁹⁴ J.-M. BRUGUIERE, chron. comm. CA Paris, pôle 5, ch. 2, 20 mai 2011, *propriétés intellectuelles*, octobre 2011, n°41, p. 399 et suiv., n°3 ; Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, éd. Litec, 2^e éd., 2009, p. 314, n°369

²⁴⁹⁵ Ch. GEIGER, « Liberté de l'image et droit d'auteur », *Légicom*, n°34, 2005/2, p. 65 et suiv., spéc., p. 71 ; également B. EDELMAN, « Vers une « exception de domaine public » en droit d'auteur », *Dalloz*, 2003, p. 3037

²⁴⁹⁶ J.-M. BRUGUIERE, chron. comm. CA Paris, pôle 5, ch. 2, 20 mai 2011, *propriétés intellectuelles*, octobre 2011, n°41, p. 399 et suiv., n°3



La liberté de création ne s'oppose pas toujours aux droits exclusifs de l'auteur. Dans certains cas, la liberté de création peut pallier le droit d'auteur lorsque la création n'est pas encore protégée. En effet, le droit d'auteur naît avec la création de l'œuvre. Avant toute création, les intérêts des auteurs ne sont en général, pas pris en compte par le droit d'auteur, mais par la liberté de création (section 2).

Section 2 : Le recours à la liberté de création en l'absence de protection par le droit d'auteur

530. La liberté existe avant toute création. Elle ne peut pas être excessivement limitée, même contractuellement. La liberté des créateurs a été protégée en particulier dans les contrats de mécénat, ou contrats de commande entre peintres et marchands de tableaux. L'encadrement des restrictions à la liberté de création est justifié par la faiblesse et la précarité des artistes. Ils peuvent en effet accepter des conditions impossibles à tenir, sauf à annihiler leur liberté de création. Cette préoccupation existe toujours, ainsi J. VINCENT souligne que la création du statut d'auto-entrepreneur, dans la mesure où il s'applique aux auteurs, à la demande des employeurs, est néfaste pour la liberté de création, fragilisant les artistes²⁴⁹⁷.

La liberté de création est limitée dans les contrats de commande, avant création, sans pour autant pouvoir être niée (§ 1). Dans le cas des contrats de mécénat, cependant, la jurisprudence a dégagé des critères permettant de ne pas entraver excessivement la liberté de création des peintres (§ 2).

§ 1 : Les contrats de commande

531. Avant même de créer, un auteur peut limiter sa liberté de création par convention, afin de répondre aux impératifs imposés par la commande²⁴⁹⁸ (A). Néanmoins, protectrice des intérêts des créateurs, la liberté de création ne peut être annihilée (B).

A) La limitation par contrat de la liberté de création

532. Les œuvres intéressées. Les contrats de commande existent notamment dans la publicité. La liberté de création est alors encadrée pour que « *l'œuvre commandée soit*

²⁴⁹⁷ J. VINCENT, « $N + 2 = 0$, ou comment le statut d'auto-entrepreneur peut détruire la protection sociale des artistes », *RLDI*, n°57, février 2010, act. n°1890, p. 47 et suiv.

²⁴⁹⁸ Cass. 1^{re} civ. 7 avril 1987, bull. civ. I, n°124



conforme à sa destination et s'insère harmonieusement dans une campagne de publicité conçue pour répondre à des objectifs de communication très précis »²⁴⁹⁹.

Ils sont également fréquents dans le domaine audiovisuel, pour les films cinématographiques, les œuvres ou émissions télévisuelles²⁵⁰⁰.

533. Les obligations des parties. Par ces contrats, le « *commanditaire commande une œuvre à un auteur* »²⁵⁰¹. L'auteur s'engage lui à réaliser l'objet convenu et accepte les limites à sa liberté « *par différentes contraintes que lui impose l'objectif auquel il est attaché* »²⁵⁰². La liberté de création peut être « *extrêmement restreinte* » pour « *l'écriture de certaines émissions télévisuelles* »²⁵⁰³.

534. La création ne correspond pas à la commande. Par un contrat de commande, le créateur limite sa liberté de création, et est tenu de délivrer un travail correspondant à la commande. En cas contraire, le cocontractant peut refuser le travail en question. Ainsi, le TGI de Paris, par exemple, a précisé qu' « *en règle générale et notamment en vertu des articles 1135 et 1160 du code civil, il est nécessairement sous-entendu que, dans un contrat de commande ou louage d'ouvrage comme le contrat d'adaptation cinématographique, le « maître de « l'ouvrage » » se réserve de refuser à « l'entrepreneur » le travail qui, au regard du contrat ou des usages, ne répondrait pas à la commande ; en particulier, le producteur se réserve nécessairement de refuser l'adaptation dialoguée d'un roman qui dénaturerait celui-ci et l'exposerait lui-même, en tant que responsable de l'élaboration de l'œuvre cinématographique, aux griefs de l'auteur du roman et de son éditeur ; ce principe est applicable alors même que, comme en l'espèce, l'auteur aurait « accordé » au producteur la faculté d'apporter au roman toutes additions, suppressions et modifications utiles, sauf ensuite à refuser son accord à ces remaniement et d'interdire la mention de son nom dans toute publicité et sur le générique du film* ». Le contrat a été en l'espèce résilié, ce qui est justifié²⁵⁰⁴.

²⁴⁹⁹ Ch. BIGOT, *Droit de la création publicitaire*, LGDJ, 1997, p. 160 et suiv., n°212

²⁵⁰⁰ V. CHARDIN, « Le contrat de commande d'œuvre audiovisuelle », *Dalloz* 1997, p. 202

²⁵⁰¹ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n° 302 et suiv. ; S. DENOIX DE SAINT MARC, « Les facultés conventionnelles ou légales de s'affranchir d'un contrat de commande », *RIDA*, n°179, janvier 1999, n°467

²⁵⁰² S. DENOIX DE SAINT MARC, « Les facultés conventionnelles ou légales de s'affranchir d'un contrat de commande », *RIDA*, n°179, janvier 1999

²⁵⁰³ V. CHARDIN, « Le contrat de commande d'œuvre audiovisuelle », *Dalloz* 1997, p. 202

²⁵⁰⁴ TGI Paris, 3^e ch., 20 février 1976, *JCP* 1976, IV, p. 318



535. Les limitations apportées à la liberté du créateur. Dans ces contrats, l'auteur « ne répond, en principe, que du résultat et garde sa liberté en ce qui concerne le choix des moyens pour y arriver »²⁵⁰⁵.

En revanche, le contrat peut prévoir la forme matérielle de la création, son aspect extérieur²⁵⁰⁶, comme le nombre de pages que doit faire un article commandé pour être réinséré dans une encyclopédie²⁵⁰⁷. Il peut aussi prévoir les normes techniques à respecter²⁵⁰⁸.

Il peut également être prévu, en raison du public auquel l'œuvre est destinée, « des indications relatives au style »²⁵⁰⁹.

536. La liberté de l'auteur limitée avant la création : Etat gabonais contre Antenne 2. La possibilité de limiter la liberté de création, pour l'auteur, dans un contrat de commande a été affirmée par un arrêt du 7 avril 1987. Les faits étaient les suivants : L'Etat gabonais et Antenne 2 ont conclu un contrat pour la réalisation, la production et la diffusion d'un film sur le Gabon. Cependant, le film ne correspondait pas au projet initial et au synopsis défini et au scénario, alors que conformément à la convention, ils nécessitaient l'accord des deux parties sur ces éléments. De plus, Antenne 2 a fait seule le montage alors que dans le contrat, les deux parties devaient y « procéder d'un commun accord ».

Pour la Cour d'appel de Paris²⁵¹⁰, « l'exécution du contrat n'aurait pu porter atteinte au droit moral de l'auteur ainsi qu'à la liberté de création des personnes participant à la réalisation de cette œuvre cinématographique ». Elle a donc condamné Antenne 2 à payer un franc de dommages et intérêts pour avoir négligé de prendre l'avis de son cocontractant²⁵¹¹.

Cet arrêt est cassé par la première chambre civile de la cour de cassation. Les juges ont affirmé que le droit moral ne préexiste pas à l'œuvre, mais qu'en revanche, il est possible de limiter sa liberté de création par contrat²⁵¹².

²⁵⁰⁵ S. STROMHOLM, *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave, avec un aperçu de l'évolution internationale, étude de droit comparé*, Stockholm, 1967, p. 266, n° 158 c

²⁵⁰⁶ S. DENOIX DE SAINT MARC, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, Litec, 1999, n° 484

²⁵⁰⁷ Exemple donné par S. DENOIX DE SAINT MARC, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, Litec, 1999, n° 484

²⁵⁰⁸ S. DENOIX DE SAINT MARC, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, Litec, 1999, n° 484

²⁵⁰⁹ S. DENOIX DE SAINT MARC, *op. cit.*, n° 485

²⁵¹⁰ CA Paris, 1^{re} ch. B, 7 mars 1985

²⁵¹¹ *Ibid.*

²⁵¹² Cass. 1^{re} civ., 7 avril 1987, n° 85-12.101, bull. 1987 I, n° 124 p 93 ; B. EDELMAN, *Dalloz* 3 mars 1988 n° 9, p. 97 ; B. EDELMAN, « Chronique de propriété littéraire et artistique », *JCP G*, n° 51-52, 1987, chronique n° 3312, III



Cette solution est justifiée pour certains. En effet, avant création, B. EDELMAN considère que le contrat portant sur une création est comme n'importe quel contrat, il s'agit de droit commun. Le droit moral ne peut jouer que lorsque l'œuvre est créée²⁵¹³.

Elle a, en revanche, été critiquée par E. DERIEUX pour lequel la cour de cassation rend possible toute restriction à la liberté de création avant que l'œuvre ne soit créée. Les restrictions à la liberté de création entraînent nécessairement une limitation du droit moral de l'auteur²⁵¹⁴. Liberté de création et droit moral se complètent. Il semble que cela soit excessif, dans la mesure où toute restriction n'est pas admise, comme cela a été affirmé à propos des contrats de mécénat. Il est néanmoins possible de limiter sa liberté de création pour un auteur.

La limitation par contrat de la liberté de création ne peut être sans limites, elle est donc préservée par les juges qui annulent les contrats qui restreindraient excessivement la liberté de l'auteur (B).

B) La préservation de la liberté de création

537. Les clauses non valides car trop attentatoires à la liberté de création. Le contrat de commande entre une société d'édition et deux auteurs ne peut cependant pas contenir une clause d'agrément purement potestative. Est purement potestative une clause prévoyant le droit pour l'éditeur « *d'apprécier lors de la remise du manuscrit « s'il convient bien au public et aux buts visés »* »²⁵¹⁵. Il s'agit d'une clause nulle en application de l'article 1174 du code civil²⁵¹⁶, car elle réserve à la société d'édition la « *faculté de ne pas exécuter son obligation de publier l'œuvre commandée en fonction de critères relevant de sa seule appréciation* ». Selon B. EDELMAN, la distinction entre une clause d'agrément valable, ne reposant pas sur des critères purement subjectifs et une clause contenant une condition purement potestative, est tenue²⁵¹⁷.

De plus, « *l'artiste chargé de l'illustration d'un ouvrage doit avoir, pour la traduction du livre par le crayon, une certaine latitude indispensable pour l'essor de son imagination, et ne*

²⁵¹³ *Ibid.*

²⁵¹⁴ E. DERIEUX : « *Le scénario et synopsis constituent des éléments de création. Toute restriction à la liberté de création, imposée à l'auteur ou préalablement consentie par lui, constitue une atteinte à son droit moral, une négation des principes essentiels du droit d'auteur* ».

²⁵¹⁵ TGI Paris, 1^{re} ch., 8 avril 1987, société Anagramme et autres c. J.-C. Provost et autres, B. EDELMAN, « *Chronique de propriété littéraire et artistique* », *JCP G*, n°51-52, 1987, chronique n°3312, III, annexe 3

²⁵¹⁶ Article 1174 du code civil : « *Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige* ».

²⁵¹⁷ B. EDELMAN, « *Chronique de propriété littéraire et artistique* », *JCP G*, n°51-52, 1987, chronique n°3312, III



saurait être astreint à la reproduction servile et minutieuse de tous les détails décrits par l'écrivain »²⁵¹⁸.

Les contrats entre peintre et marchands de tableaux ont fait plus particulièrement l'objet de décisions jurisprudentielles qui ont précisé dans quelles mesures la liberté de création pouvait être limitée²⁵¹⁹ (§ 2).

§ 2 : Les contrats entre peintres et marchands de tableaux : les contrats de mécénat

538. Définition. La question de la liberté de création s'est posée à propos des contrats ayant pour objet des œuvres futures. Ces contrats sont des « contrats de commande » ou des « contrats de mécénat »²⁵²⁰. P. SIRINELLI a défini les contrats de commande comme l'engagement par l'auteur « à livrer une ou plusieurs œuvres futures déterminées »²⁵²¹. Ce sont des contrats conclus *intuitu personae*²⁵²². Le contrat de mécénat engage l'auteur à fournir tout ou partie de sa production. En échange, le mécène verse des mensualités à l'auteur lui permettant de vivre et doit faire connaître les œuvres²⁵²³. L'absence de la mention du prix dans un contrat de commande n'est pas une condition de validité du contrat²⁵²⁴.

539. Les artistes concernés. Ces contrats existent depuis longtemps. Aujourd'hui, le marché de l'art contemporain n'est pas homogène. Les économistes et les sociologues distinguent plusieurs catégories, les contrats entre peintre et marchand diffèrent donc selon le marché sur lequel ils seront vendus²⁵²⁵. Parmi ceux-ci, ce sont les artistes dont les œuvres

²⁵¹⁸ CA Paris, 18 juin 1883, *DP* 1885, 2, 192, cité par S. DENOIX DE SAINT MARC, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, Litec, 1999, n°491

²⁵¹⁹ P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Paris, 1985, p. 193 : « le marché de l'art pouvait être un marché de dupes pour les créateurs. Ces derniers, soucieux de donner à leur œuvres une plus grande publicité ou une plus large diffusion, étaient souvent amenés à conclure des contrats qui leur étaient, en définitive, fort désavantageux ».

²⁵²⁰ P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Paris, 1985, p. 195

²⁵²¹ *Ibid.*

²⁵²² CA Paris, 7^e ch. 14 juin 1966, *Gazette du Palais* 1966, 2, jurispr. p. 265, H. DESBOIS, *RTD com* 1966, (chron. P. 931 et suiv.), p. 937, n° 2 ; G. CORNU, *RTD civ* 1967, p. 188 ; rejet du pourvoi : cass. 1^{re} civ., 22 octobre 1968, n°66-14.072, bull. Civ., I, n° 242, p. 183 ; *Dalloz* 1969, som. p. 38 ; F. POLLAUD-DULIAN, « Les contrats entre peintres et marchands ou galeries d'art », *Droit et patrimoine* (2^{ème} partie), février 2004, n°123, p. 22

²⁵²³ *Ibid.*

²⁵²⁴ Cass. 1^{re} civ., 24 février 1987, com. B. EDELMAN, « Chronique de propriété littéraire et artistique », *JCP G*, n°51-52, 1987, chronique n°3312, III

²⁵²⁵ F. POLLAUD-DULIAN, « Les contrats entre peintres et marchands ou galeries d'art », *Droit et patrimoine*, janvier 2004, n°122, p. 20



constituent le marché de l'« *avant-garde médiatisée* » qui concluent des contrats avec des galeries se réservant la production future de l'artiste²⁵²⁶.

Ce type de contrat, normalement pris pour une certaine période et pour un certain nombre d'œuvres, est valable. Le fait d'imposer des directives à l'artiste en matière créatrice est possible, dans la mesure où le peintre peut restreindre sa liberté de création, lorsqu'il s'agit d'une commande²⁵²⁷ (A). Néanmoins, ces restrictions sont parfois trop importantes. L'artiste peut donc se prévaloir de la liberté de création auprès des juges, qui vérifient si les conditions auxquelles il est soumis sont acceptables ou non (B).

A) Les restrictions à la liberté de création

540. La distinction entre les contrats de mécénat et les contrats encadrés par la propriété intellectuelle. Contrairement aux contrats relatifs aux cessions de droits de propriété littéraire et artistique, les contrats entre peintres et marchands de tableaux ne sont pas régis par les droits de propriété intellectuelle. La protection est alors moins importante lorsqu'on ne peut se référer qu'aux dispositions du droit commun et à la liberté de création. Pour C. COLOMBET, « *la loi du 11 mars 1957, puis le code de la propriété intellectuelle, ainsi qu'il a été dit à maintes reprises, contient le statut des droits d'auteur, non celui des œuvres d'art* »²⁵²⁸.

541. Les conséquences. La protection des créateurs commande que « *les règles plus contraignantes applicables aux cessions de droits de propriété littéraire et artistique doivent écarter les dispositions plus souples du régime du contrat d'entreprise* »²⁵²⁹. Cependant, l'article 1794 du code civil²⁵³⁰, relatif aux contrats de louage d'ouvrage, trouve à s'appliquer dans les rapports entre peintres et marchands de tableaux²⁵³¹. Ce texte est écarté pour les contrats conclus avec un éditeur. Ainsi, celui-ci ne peut inclure une clause « *par laquelle l'éditeur se réservait le droit de vérifier lors de la remise du manuscrit* » « *s'il convient bien au*

²⁵²⁶ *Ibid.*

²⁵²⁷ F. POLLAUD-DULIAN, « Les contrats entre peintres et marchands ou galeries d'art », *Droit et patrimoine* (2^{ème} partie), février 2004, n°123, p. 22

²⁵²⁸ C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 9 éd., 1999, n°299, p. 242

²⁵²⁹ S. DENOIX DE SAINT MARC, « Les facultés conventionnelles ou légales de s'affranchir d'un contrat de commande », *RIDA*, n°179, janvier 1999, p. 3 et suiv., p.27

²⁵³⁰ Article 1794 : « *Le maître peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise* ».

²⁵³¹ Voir l'article L. 131-2 CPI précité



public et aux buts visés » », car il s'agit d'une condition purement potestative²⁵³², la société se réservant en effet « *la faculté de ne pas exécuter son obligation de publier l'œuvre commandée en fonction de critères relevant de sa seule appréciation* ». Les juges ont affirmé qu'il ne s'agissait pas d'un contrat de commande, dans la mesure où pour que l'on puisse considérer qu'il s'agissait d'un tel contrat, il aurait fallu que le contrat de cession soit précédé d'une option consentie à l'éditeur. « *L'éditeur ne peut donc pas invoquer la possibilité de restreindre la liberté de création des auteurs, propre au contrat de commande, pour faire échapper à la nullité la clause qui lui réserve le droit d'apprécier si l'œuvre convient au public* »²⁵³³. Ainsi, une clause laissant « *à l'éditeur le pouvoir d'apprécier si le manuscrit est publiable* » entraîne la nullité du contrat²⁵³⁴.

542. Critique. L'application du droit commun serait due à l'absence de reproduction, d'édition. L'œuvre de l'esprit est cédée avec le support, c'est un exemplaire unique. Il n'y a pas de cession des droits d'auteur au sens des articles L. 131-2 à L. 131-4 CPI²⁵³⁵ qui ne s'appliquent pas²⁵³⁶.

Le contrat de mécénat est considéré comme un « contrat de louage d'ouvrage », pour lequel, selon l'usage professionnel, le contrat non écrit est valable, et l'absence d'« *accord préalable sur le montant exact de la rémunération n'est pas un élément essentiel* » d'un tel contrat. En

²⁵³² TGI Paris, 8 avril 1987, *RIDA*, n°133 juillet 1987, p. 202 ; « Chronique de propriété littéraire et artistique », JCP 1987, I, 3312, n° 16 annexe 3. Confirmé en appel : CA Paris, 25 avril 1989, *RIDA* n°143, janvier 1990, p. 314 ; C. COLOMBET, *Dalloz* 1990, p. 58 ; *RTD civ.*, 1990, p. 284, MESTRE

²⁵³³ C. COLOMBET, *som. com.* CA Paris, 25 avril 1989, *Dalloz* 1990, *somm.* p. 58

²⁵³⁴ E. PIERRAT, *Le droit d'auteur et l'édition*, éd. du cercle de la librairie, 2005, p. 208 : CA Paris, 25 avril 1989, *Dalloz* 1990, *somm.* p. 58, *obs.* C. COLOMBET : en l'espèce, l'éditeur s'était réservé par contrat la possibilité d'apprécier « *si le manuscrit convient bien au public et aux buts visés* ».

²⁵³⁵ Article L. 131-2 CPI : « *Les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle définis au présent titre doivent être constatés par écrit. Il en est de même des autorisations gratuites d'exécution. Dans tous les autres cas, les dispositions des articles 1341 à 1348 du code civil sont applicables* ».

Article L. 131-4 CPI : « *La cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre peut être totale ou partielle. Elle doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation.*

Toutefois, la rémunération de l'auteur peut être évaluée forfaitairement dans les cas suivants :

1° La base de calcul de la participation proportionnelle ne peut être pratiquement déterminée ;

2° Les moyens de contrôler l'application de la participation font défaut ;

3° Les frais des opérations de calcul et de contrôle seraient hors de proportion avec les résultats à atteindre ;

4° La nature ou les conditions de l'exploitation rendent impossible l'application de la règle de la rémunération proportionnelle, soit que la contribution de l'auteur ne constitue pas l'un des éléments essentiels de la création intellectuelle de l'œuvre, soit que l'utilisation de l'œuvre ne présente qu'un caractère accessoire par rapport à l'objet exploité ;

5° En cas de cession des droits portant sur un logiciel ;

6° Dans les autres cas prévus au présent code.

Est également licite la conversion entre les parties, à la demande de l'auteur, des droits provenant des contrats en vigueur en annuités forfaitaires pour des durées à déterminer entre les parties ».

²⁵³⁶ P.-Y. GAUTIER, *com. cass.* 1^{re} civ. 24 novembre 1993, *RTD civ.* juillet/septembre 1994, p. 631 et *suiv.*



l'absence de celui-ci, ce sont les juges du fond qui fixent le montant de la rémunération « *compte tenu des éléments de la cause* »²⁵³⁷.

543. Les contrats de mécénat, peu protecteurs des artistes. Les contrats entre peintres et marchands de tableaux sont moins protecteurs que ceux encadrés par le code de propriété intellectuelle. Il existe une « *clause d'agrément* » qui est, pour le donneur d'ordre, « *la faculté, le moment venu, de refuser son agrément à l'œuvre future dont il est pourtant à l'origine* »²⁵³⁸. En général, une indemnité est prévue.

Les œuvres artistiques ne sont pas protégées au titre des œuvres futures, il existerait une discrimination entre « *l'œuvre dont la valeur reposerait sur les droits d'exploitation y afférant (roman, chanson, film) et celles dont la valeur se concentrerait dans le seul corpus* »²⁵³⁹. P.-Y. GAUTIER critique cette « *discrimination* » à l'égard de ce type d'œuvres et estime que la cour de cassation est « *très libérale à l'égard des marchands de tableaux* »²⁵⁴⁰.

En effet, les parties dans un contrat de mécénat ne sont pas égales. Il existe un déséquilibre au profit du marchand. L'auteur dépend de son cocontractant. Il ne peut « *pour des raisons économiques, politiques ou purement matérielles – assurer seul la commercialisation de son œuvre* »²⁵⁴¹.

Ce type de contrat est pour P.-Y. GAUTIER un contrat d'adhésion que l'on peut également qualifier de contrat de travail²⁵⁴².

Il estime que la particularité des contrats de mécénat est contraire à l'intérêt des peintres, dans la mesure où ceux-ci ne peuvent bénéficier de la protection existant pour les promesses synallagmatiques de vente²⁵⁴³ : l'auteur cite la révision pour lésion en particulier²⁵⁴⁴. Ce sont

²⁵³⁷ Cass. 1^{re} civ. 24 novembre 1993, bull. civ., I, n°339 ; com. L. LEVENEUR, *com. com. électr.*, février 1994, n°20 ; P.-Y. GAUTIER, *RTD civ.*, juillet/septembre 1994, p. 631-633 : Ce qui posait problème dans l'arrêt commenté, était le fait qu'il s'agissait de la maquette d'un ouvrage consacré à l'œuvre du peintre, et que donc nécessairement, cette maquette devait aboutir à un ouvrage destiné à un public.

²⁵³⁸ S. DENOIX DE SAINT MARC, « Les facultés conventionnelles ou légales de s'affranchir d'un contrat de commande », *RIDA*, n°179, janvier 1999, p. 3 et suiv., p.29

²⁵³⁹ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 8^e éd., 2012, n° 235, p. 250

²⁵⁴⁰ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 236, p. 251

²⁵⁴¹ P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Paris, 1985, p. 15

²⁵⁴² P.-Y. GAUTIER, *op. cit.* n° 235, p. 250

²⁵⁴³ Article 1589 al. 1 du code civil : « La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix ».

²⁵⁴⁴ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, éd. PUF, 8^e éd., 2012, p. 250, note 2



donc la liberté de création et *a posteriori* le droit moral qui permettent de défendre les intérêts extrapatrimoniaux du peintre²⁵⁴⁵.

Pour Ph. VERGNAUD, il était pourtant souhaitable, que la durée soit expressément stipulée, et que celle-ci soit d'une durée maximum de cinq ans, par analogie avec le contrat d'éditeur sur les œuvres futures d'un auteur²⁵⁴⁶. Un tel délai lui paraissait raisonnable, dans la mesure où il estimait qu'il s'agissait du temps nécessaire pour lancer un peintre²⁵⁴⁷.

La protection des peintres face aux marchands de tableaux résulte de l'application faite par les juges de la liberté de création (B).

B) La protection des peintres par la liberté de création

544. Le peintre peut invoquer sa liberté de création lorsque la durée ou l'intensité des contraintes, en particulier le rythme de production, auquel il est soumis par contrat est excessif (1). Ces deux critères permettent de déterminer si le peintre bénéficie de sa liberté de création²⁵⁴⁸. D'autres limites, comprises dans le droit d'auteur (2), sont issues de la liberté de création.

1. La durée et le rythme de production

545. Dans certains cas, la jurisprudence sanctionne ce type de contrat altérant la liberté de création²⁵⁴⁹. les juges ont donc dégagé des conditions de validité des contrats de mécénat. Ils doivent être limités dans le temps (b) et le rythme de production ne peut « épuiser »²⁵⁵⁰ l'artiste (a).

²⁵⁴⁵ F. POLLAUD-DULIAN, « Les contrats entre peintres et marchands ou galeries d'art », *Droit et patrimoine* (2^{ème} partie), février 2004, n°123, p. 22

²⁵⁴⁶ Ph. VERGNAUD, *Les contrats conclus entre peintres et marchands de tableaux*, thèse, Paris, Rousseau frères imprimeurs, 1958 p. 193. Sans pour autant annuler les contrats prévoyant une durée plus longue, mais « leur durée serait réductible à cinq ans sur l'initiative de l'une ou l'autre partie ».

²⁵⁴⁷ Ph. VERGNAUD, *Les contrats conclus entre peintres et marchands de tableaux*, thèse, Paris, Rousseau frères imprimeurs, 1958 p. 193

²⁵⁴⁸ P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Paris, 1985, p. 203 et suiv. : le premier critère est celui de la durée du contrat, le second, celui des conditions de travail imposées conventionnellement à l'artiste, c'est-à-dire l'intensité des contraintes, que l'on mesure en général par le rythme de production imposé à l'artiste.

²⁵⁴⁹ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, éd. PUF, 8^e éd., 2012, n° 236, p. 251

²⁵⁵⁰ G. CORNU, *RTD civ.* 1967, p. 190 : le contrat oblige le marchand à « fournir au peintre les moyens de développer et de faire connaître son talent, et donc à ne pas en compromettre l'essor : toutes les clauses relatives à la signature des œuvres, à leur destruction et aussi au rythme abusif de production sont présentées comme autant d'entraves à ce développement ».

a) Le rythme de production

546. La liberté de création excluant le rendement trop important auquel est soumis l'artiste. La liberté de création est limitable par contrat. Cependant elle ne peut être restreinte excessivement. Les juges ont donc délimité à partir de quand la liberté de création n'était pas suffisante. Une restriction excessive de la liberté de création a été également condamnée par la doctrine. Ainsi, la recherche d'un rendement déterminé a été contestée. Pour Ph. VERGNAUD, le marchand ne peut imposer au peintre *« un rythme régulier qui ferait pression sur sa liberté de création »*²⁵⁵¹. Lorsque le peintre, par contrat, s'est engagé à transférer au marchand la propriété de la totalité de ses œuvres, dès leur achèvement, il *« ne peut être obligé de produire, non seulement parce que le marchand ne lui a fixé aucune norme de production à laquelle il aurait à se plier, mais aussi parce qu'il est de la nature propre de ce contrat d'assurer au peintre le maximum de liberté créatrice »*²⁵⁵². Cela résulte du fait que *« le marchand doit respecter les intérêts matériels et moraux qu'il est chargé de défendre et ne peut léser, de quelque manière que ce soit, la personne de l'artiste »*²⁵⁵³. Cependant, si le peintre produit peu ou très peu, *« le marchand serait alors en droit de demander la résolution du contrat »*²⁵⁵⁴.

Les contraintes pesant sur l'auteur ne doivent pas être *« incompatibles avec le respect du droit moral »*²⁵⁵⁵.

Un contrat prévoyant un rendement trop important est considéré comme nul car il ne respecte pas la liberté de création du peintre²⁵⁵⁶. Cela résulte d'un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence. En l'espèce, ce contrat prévoyait en outre que l'artiste devait mettre à disposition trente toiles et quarante gouaches. La cour d'appel d'Aix-en-Provence, dans un arrêt du 23 février 1965 a estimé que ces conventions entravaient *« la liberté créatrice de l'artiste, lequel ne pouvait se soumettre à sa seule inspiration mais devait chercher un rendement déterminé, ce qui était de nature à compromettre gravement la qualité de son*

²⁵⁵¹ Ph. VERGNAUD, *Les contrats conclus entre peintres et marchands de tableaux*, thèse, Paris, Rousseau frères imprimeurs, 1958, p. 56

²⁵⁵² Ph. VERGNAUD, *op. cit.*, p. 55-56

²⁵⁵³ Ph. VERGNAUD, *op. cit.*, p. 86

²⁵⁵⁴ Ph. VERGNAUD, *op. cit.*, p. 67

²⁵⁵⁵ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, n° 661

²⁵⁵⁶ L'arrêt de la CA Aix en Provence du 23 février 1965 condamnait le rythme imposé de production, sans affirmer qu'il était trop élevé. Pour H. DESBOIS, les juges auraient dû rechercher un rendement déterminé. (*RTD com* 1965, p. 849). Il semble cependant que c'est ce qui a été condamné par la CA d'Aix en Provence.



œuvres, sa réputation et son avenir »²⁵⁵⁷. Pour les juges, ces contrats portaient également atteinte au droit moral de l'artiste. P. SIRINELLI estime que la référence au droit moral est fautive²⁵⁵⁸, « sauf à admettre que l'auteur est un « incapable » un peu spécial »²⁵⁵⁹. Seule doit donc être prise en considération l'atteinte à la liberté de création.

Le rythme de production trop important a également été sanctionné par la Cour d'appel de Paris²⁵⁶⁰. Les juges ont énoncé que l'engagement pris par un artiste de fournir un nombre déterminé de ses œuvres, périodiquement, pendant une certaine durée ne peut être « *maintenu lorsque la partie envers laquelle il a été pris... lui a fait des conditions de travail telles qu'elles constituent au contraire une entrave à ce développement* »²⁵⁶¹.

547. Une restriction excessive néfaste pour l'artiste. Cette atteinte s'apprécie en fonction des usages en la matière²⁵⁶². Un nombre de toiles minimum est acceptable, mais le rythme de production ne doit pas être trop important²⁵⁶³. L'appréciation doit se faire *in concreto*, au cas par cas²⁵⁶⁴.

Un autre arrêt a été rendu par la Cour d'appel de Nîmes, le 4 juillet 1966 a apporté des précisions quant à la quantité de toiles que devait fournir le peintre sans renoncer à sa liberté de création. La limite proposée par M. CHAMPEIL, c'est que le nombre de toiles à livrer « *ne soit pas hors de proportion avec les capacités de l'artiste qui doit en outre conserver des loisirs suffisants pour se perfectionner dans son art et dans sa culture* »²⁵⁶⁵. Le substitut du procureur général estime que la liberté de création fait que les peintres « *conservent la liberté de refuser de fournir le nombre de toiles fixé au contrat, s'ils considèrent que le rythme est*

²⁵⁵⁷ CA Aix en Provence, 23 février 1965, comm. par R. SAVATIER, *Dalloz* 1966, jurisprudence, p. 166 ; *Gazette du palais* 1965, I, p. 316 et p. 92, R. SARRAUTE ; H. DESBOIS, *RTD com* 1965, p. 849 ; *RIDA* 1966, LI, p. 34

²⁵⁵⁸ *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Paris, 1985, p. 201

²⁵⁵⁹ *Ibid.*

²⁵⁶⁰ Paris, 15 novembre 1966, *Dalloz* 1967, p. 284 ; *RTD civ.* 1967, p. 189 G. CORNU

²⁵⁶¹ CA Paris, 15 novembre 1966, Guille c/ Colmant, *RIDA* 1967, n° LIII, p. 21 ; *RTD com.* 1967, p. 152, obs. H. DESBOIS ; *Gazette du Palais* 1967, I, jurispr., p. 17, obs. R. SARRAUTE, *RTD civ.* 1967, p. 189, obs. G. CORNU.

Egalement CA Nîmes, 4 juillet 1966 ; Cass. 1^{re} civ., 3 déc. 1968, n° 66-14.263, Bull. civ. I, n° 306, p. 231, *Dalloz* 1969, jurispr., p. 73, concl. R. LINDON, *RTD com.* 1969, p. 498, obs. H. DESBOIS (cassation partielle de CA Nîmes, 4 juill. 1966, Martin-Caille c/ Bergerot). Pour H. DESBOIS, même revue, p. 154, à propos de CA Aix en Provence 23 février 1965, le rythme de production imposé, trop intense ne devrait être une cause d'annulation du contrat « *que si la cadence choisie condamne l'artiste aux travaux forcés* ».

²⁵⁶² P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Paris, 1985, p. 205, note 3

²⁵⁶³ Cass. 1^{re} civ., 19 janvier 1970, n° 68-12.432, H. DESBOIS, *RTD com.* 1972, p. 105

²⁵⁶⁴ Cass. 1^{re} civ., 19 janvier 1970, n° 68-12.432, H. DESBOIS, *op. cit.* p. 106

²⁵⁶⁵ CHAMPEIL (substitut du procureur général), Conclusions à propos de CA Nîmes, 1^{er} ch., 4 juillet 1966, *JCP* 1967, II, jurisprudence, n° 14961



trop rapide et de nature à nuire à la qualité de la production »²⁵⁶⁶. Le peintre a estimé que le contrat était contraire « *aux dispositions d'ordre public de la loi du 11 mars 1957* », car il l'engageait à vendre la totalité de sa production future, et à produire une certaine quantité de toiles²⁵⁶⁷. Pour la cour le contrat était valable. En effet, la durée du contrat était « *relativement brève* »²⁵⁶⁸. De plus, le marchand n'a pas reproché au peintre le non-respect du rythme de production exigé par le contrat pendant quelques mois. Les juges ont donc recherché si la livraison d'une telle quantité de toiles était compatible avec la nature du contrat. Or, s'appuyant sur le fait que le peintre a renouvelé le contrat aux mêmes conditions, c'est qu'il le pouvait. La cour souligne également que le peintre était libre quant au genre, au style de ses peintures, ainsi que dans le choix de ses sujets.

A propos de l'intensité des contraintes, l'auteur doit conserver une « *certaine liberté dans le choix du genre et du style de sa production, dans la détermination des lieux et moments de travail, dans la sélection de ses sujets* »²⁵⁶⁹.

Le droit moral, permettrait aux peintres d'avoir la liberté de refuser de divulguer leurs œuvres si elles sont « *imparfaites ou indignes d'eux* »²⁵⁷⁰. La liberté de création est limitable, mais elle doit exister. Une atteinte à la liberté de création aurait des répercussions sur le droit moral de l'artiste, selon certains auteurs.

548. Le recours au droit moral critiqué. En revanche pour R. SARRAUTE, ce que vise la cour, c'est l'atteinte portée au droit moral de l'artiste. C'est parce que ces contrats portent atteinte au droit moral de l'artiste, qu'ils sont nuls²⁵⁷¹.

M. PLAISANT a considéré que les exigences, posées par la jurisprudence pour protéger les peintres dans les contrats de mécénat, ne concernaient qu'accessoirement le droit moral²⁵⁷². La liberté que sauvegarde la limitation dans le temps n'est pas consacrée par une disposition légale, ce n'est pas une liberté déterminée. Elle doit cependant être protégée. Le droit moral,

²⁵⁶⁶ *Ibid.*

²⁵⁶⁷ CA Nîmes, 1^{er} ch., 4 juillet 1966, *JCP* 1967, II, jurisprudence, n° 14961

²⁵⁶⁸ *Ibid.*

²⁵⁶⁹ P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Paris, 1985, p. 204

²⁵⁷⁰ CHAMPEIL (substitut du procureur général), Conclusions à propos de CA Nîmes, 1^{er} ch., 4 juillet 1966, *JCP* 1967, II, jurisprudence, n° 14961

²⁵⁷¹ R. SARRAUTE, « Peintres et marchands de tableaux », *Gazette du Palais*, 1965, 1^{er} sem., doctrine p. 92

²⁵⁷² M. PLAISANT, « Les conventions relatives au droit moral de l'auteur », in *Hommage à Henri Desbois, études de propriété intellectuelle*, Dalloz 1974, p. 63 et suiv., spé. P. 70-71



qui n'est pas affecté directement pourrait être restreint par les conséquences de la restriction de liberté du créateur²⁵⁷³.

Le recours au droit moral n'est pas satisfaisant pour P. SIRINELLI. En effet, cela reviendrait à condamner les contrats de commande²⁵⁷⁴. Or le droit moral, dans ces contrats de commande ou de mécénat, « permet de limiter la force obligatoire du contrat en donnant la possibilité à l'artiste – moyennant indemnité – d'imposer son propre rythme de production »²⁵⁷⁵. R. SARRAUTE conteste la solution qu'il juge « rigoureuse » et « dangereuse »²⁵⁷⁶. Ainsi, « toute acceptation d'une commande par un artiste ou un écrivain porterait atteinte à son droit moral, car pour respecter sa promesse et toucher la rémunération promise, il pourrait être tenté de fournir une œuvre indigne de lui »²⁵⁷⁷. Tout est affaire de mesure, il semble que la liberté de création, lorsque l'auteur répond à une commande, ne peut être absolue. La possibilité qu'à l'artiste de contester de tels contrats, peut même s'avérer négative pour celui-ci²⁵⁷⁸. R. SARRAUTE considère que les marchands ne concluraient plus de tels contrats s'ils peuvent être sanctionnés ensuite. Les marchands doivent en effet pouvoir espérer une contrepartie. Elle ne peut en revanche pas être anéantie.

Pour P. SIRINELLI, la nullité de certaines de ces conventions se fonde sur l'atteinte à la liberté de création. Celle-ci peut être limitée contractuellement mais ne peut être « anéantie »²⁵⁷⁹.

Le deuxième critère est celui de la durée du contrat (b).

b) La durée du contrat

549. Le contrat doit être limité dans le temps. Par exemple, dans un arrêt du 19 janvier 1970²⁵⁸⁰, la cour de cassation a déclaré licite une cession d'œuvres futures limitée dans temps. La formule est cependant imprécise²⁵⁸¹.

²⁵⁷³ Ibid.

²⁵⁷⁴ P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Paris, 1985, p. 200

²⁵⁷⁵ P. SIRINELLI, *op. cit.*, p. 201

²⁵⁷⁶ R. SARRAUTE, « Peintres et marchands de tableaux », *Gazette du Palais*, 1965, 1^{er} sem., doctrine p. 92

²⁵⁷⁷ R. SARRAUTE, *op. cit.* p. 93-94

²⁵⁷⁸ R. SARRAUTE, *op. cit.* p. 94

²⁵⁷⁹ P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Paris, 1985, p. 202

²⁵⁸⁰ Cass. 1^{re} civ. 19 janvier 1970, bull. civ. 1 n° 21 p. 17; *Dalloz* 1970, p. 483 ; *RIDA* oct. 1970, p. 61 ; *RTD com.* 1972, p. 103, note H. DESBOIS. Cass. 1^{re} civ. 8 juin 1971, Bull. civ. 1 n° 187 p. 156

²⁵⁸¹ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, éd. PUF, 8^e éd., 2012, n° 236, p. 251



L'article L. 131-1 CPI²⁵⁸² interdit la cession d'œuvres non identifiées, que l'on doit distinguer de la cession d'œuvres non réalisées²⁵⁸³. Ce texte a cependant été écarté²⁵⁸⁴, à propos de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris, le 15 novembre 1966. En effet, il semble que l'article L. 131-1 CPI²⁵⁸⁵ « *ne se rapporte qu'à la cession du droit de reproduction ou de représentation, et nullement à la vente de l'objet matériel, indépendant de la propriété incorporelle protégée par la loi* »²⁵⁸⁶. Pour H. DESBOIS, en effet, les articles 33 et 34 ne peuvent être séparés²⁵⁸⁷. Ainsi, l'article L. 131-1 CPI ne vaut que pour la propriété incorporelle, non le support matériel. Cela exclut les tableaux, les sculptures, les manuscrits, différents de l'édition, dans la mesure où l'œuvre matérielle est cédée ici, non indépendamment de la propriété incorporelle²⁵⁸⁸. La cour d'appel d'Aix-en-Provence et la cour d'appel de Nîmes ont écarté le texte car celui-ci ne s'appliquerait qu'au droit d'exploitation des œuvres littéraires²⁵⁸⁹. Il ne s'applique donc pas à la cession d'œuvres d'art.

La cour d'appel d'Aix-en-Provence a estimé cependant que la cession de la production future est valable lorsqu'elle est « *limitée à une période déterminée* »²⁵⁹⁰. Cette faculté de céder ces œuvres pour une période donnée provient des usages et de la pratique courante entre artistes et

²⁵⁸² Article L. 131-1 CPI : « *La cession globale des œuvres futures est nulle* ».

²⁵⁸³ C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz 1999, 9^e éd., n°299, p. 242. Sur cette distinction, voir également cass. 1^{re} civ., 4 février 1986, *RIDA* juillet 1986, p. 128 ; *JCP* 1987, 20872, obs. M. PLAISANT : il s'agissait ici de la commande d'une œuvre publicitaire, avec cession des droits d'auteur, l'artiste étant libre de déterminer les droits cédés par lui.

²⁵⁸⁴ S. DENOIX DE SAINT MARC, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, Litec, 1999, n°488

²⁵⁸⁵ Article 33 de la loi n°57-298 du 11 mars 1957 alors.

²⁵⁸⁶ R. SARRAUTE, « Peintres et marchands de tableaux », *Gazette du Palais*, 1965, 1^{er} sem., doctrine p. 94-95

²⁵⁸⁷ L'article 34 disposait que « *En ce qui concerne l'édition, est licite la stipulation par laquelle l'auteur s'engage à accorder un droit de préférence à un éditeur pour l'édition de ses œuvres futures de genres nettement déterminés.*

Ce droit est limité pour chaque genre à cinq ouvrages nouveaux à compter du jour de la signature du contrat d'édition conclu pour la première œuvre ou à la production de l'auteur réalisée dans un délai de cinq années à compter du même jour.

L'éditeur doit exercer le droit qui lui est reconnu en faisant connaître par écrit sa décision à l'auteur, dans le délai de trois mois à dater du jour de la remise par celui-ci de chaque manuscrit définitif.

Lorsque l'éditeur bénéficiant du droit de préférence aura refusé successivement deux ouvrages nouveaux présentés par l'auteur dans le genre déterminé au contrat, l'auteur pourra reprendre immédiatement et de plein droit sa liberté quant aux œuvres futures qu'il produira dans ce genre. Il devra toutefois, au cas où il aurait reçu ses œuvres futures des avances du premier éditeur, effectuer préalablement le remboursement de celles-ci ». Ces dispositions existent aujourd'hui à l'article L. 132-4 CPI.

²⁵⁸⁸ Cass. 1^{re} civ. 19 janvier 1970, n° 68-12.432, H. DESBOIS, *RTD com.* 1972, p.104. P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse Paris II, sous la direction de M. André FRANCON, 1985, p. 197

²⁵⁸⁹ CA Paris, 15 novembre 1966, Guille c/ Colmant, *RIDA* 1967, n° LIII, p. 21 ; *RTD com.* 1967, p. 152, obs. H. DESBOIS, *Gazette du Palais* 1967, 1, jurispr. p. 17, obs. R. SARRAUTE, *RTD civ.* 1967, p. 189, obs. G. CORNU.

²⁵⁹⁰ CA Aix en Provence, 23 février 1965, comm. par R. SAVATIER, *Dalloz* 1966, jurisprudence, p. 166 ; *Gazette du palais* 1965, I, p. 316 et p. 92, R. SARRAUTE ; H. DESBOIS, *RTD com* 1965, p. 849 ; *RIDA* 1966, LI, p. 34



marchands²⁵⁹¹. Pour H. DESBOIS, les contrats entre peintres et marchands de tableaux sont limités dans le temps, car comme pour tous les contrats, « *les contrats à vie sont interdits et les contrats de durée indéterminée peuvent être résiliés* »²⁵⁹².

Cette limite dans le temps est d'ordre public, il est impossible de « *conclure un contrat engageant l'activité d'une personne humaine pour la vie* »²⁵⁹³. Les engagements perpétuels sont prohibés par l'article 1780 du code civil²⁵⁹⁴.

Si cette jurisprudence²⁵⁹⁵ relative aux contrats entre peintres et marchands de tableaux fait perdre de la « *prévisibilité ou certitude* »²⁵⁹⁶ au système, elle est bénéfique, car elle permet de dissuader les marchands d'imposer des « *conditions draconiennes* »²⁵⁹⁷ aux créateurs.

Il est possible de considérer que la liberté de création implique que le créateur puisse divulguer ou non son œuvre. Or cette possibilité est incluse dans le droit d'auteur, lequel protège alors la liberté de création (2).

2. La protection de la liberté de création incluse dans le droit d'auteur

550. Par certains aspects, le droit moral permet de préserver la liberté de création. Il faut préciser que pour R. CASSIN, le droit moral de l'auteur est la « *conséquence obligée de la liberté de créer* »²⁵⁹⁸. En effet, celui-ci a la faculté de résilier le contrat. Le droit de divulgation, prévu à l'article L. 121-2 CPI, qui permet à l'auteur de décider s'il rend son

²⁵⁹¹ R. SARRAUTE, « Peintres et marchands de tableaux », *Gazette du Palais*, 1965, 1^{er} sem., doctrine p. 94

²⁵⁹² Cass. 1^{re} civ. 19 janvier 1970, n° 68-12.432, H. DESBOIS, *RTD com.* 1972, p.104

²⁵⁹³ P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Paris, 1985, p. 203. Dans ce sens, l'exclusivité doit être limitée dans le temps : cass. 1^{re} civ. 19 janvier 1970, n° 68-12.432, Gayrin c/ Loiseau, Bull. civ. I, n° 21, p. 17, Dalloz 1970, jurispr. p. 483 ; *RIDA* oct. 1970, p. 61, H. DESBOIS, *RTD com.* 1972, p. 103.

²⁵⁹⁴ Article 1780 du code civil : « *On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée.*

Le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes.

Néanmoins, la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts.

Pour la fixation de l'indemnité à allouer, le cas échéant, il est tenu compte des usages, de la nature des services engagés, du temps écoulé, des retenues opérées et des versements effectués en vue d'une pension de retraite, et, en général, de toutes les circonstances qui peuvent justifier l'existence et déterminer l'étendue du préjudice causé.

Les parties ne peuvent renoncer à l'avance au droit éventuel de demander des dommages-intérêts en vertu des dispositions ci-dessus.

Les contestations auxquelles pourra donner lieu l'application des paragraphes précédents, lorsqu'elles seront portées devant les tribunaux civils et devant les cours d'appel, seront instruites comme affaires sommaires et jugées d'urgence ».

²⁵⁹⁵ Voir les arrêts précités : cass. 1^{re} civ. 19 janvier 1970 ; CA Paris, 15 novembre 1966 ; CA Nîmes, 1^{re} ch., 4 juillet 1966.

²⁵⁹⁶ P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Paris, 1985, p. 209

²⁵⁹⁷ *Ibid.*

²⁵⁹⁸ M. AGI, *René CASSIN 1887-1976 Prix Nobel de la Paix*, Librairie académique Perrin, 19998, p. 260



œuvre publique, est une manifestation de la liberté de création et d'expression²⁵⁹⁹. Le droit de divulgation permet à l'auteur de « *s'affranchir des contraintes du contrat de commande* »²⁶⁰⁰. Il peut choisir le moment où il livre la commande à son cocontractant²⁶⁰¹. S'il ne la livre pas, il ne s'expose qu'à des dédommagements, ce qui ne remet pas en cause la liberté de création de l'artiste²⁶⁰². Il peut en effet refuser de livrer l'œuvre²⁶⁰³. Cependant « *cette prérogative ne saurait être détournée de sa finalité ni être exercée à des fins étrangères à sa raison d'être* »²⁶⁰⁴.

Si l'on considère que la liberté de création s'étend à la divulgation, le créateur peut décider de ne pas divulguer son œuvre. Ainsi, S. DENOIX DE SAINT MARC, estime que la finalité de cette prérogative est morale uniquement²⁶⁰⁵.

De même, le droit de repentir permettrait de modifier l'œuvre. En effet, il consisterait à permettre à l'auteur de modifier l'œuvre qui a déjà été cédée et qui a pu être également diffusée auprès du public²⁶⁰⁶.

La liberté de création offre une protection plus large que le droit d'auteur. Ainsi, elle existe avant toute création.

551. Conclusion du chapitre. La liberté de création peut être opposée au droit d'auteur, dans la mesure où le futur créateur utilise une création existante. Lorsque l'adaptation est encadrée par contrat, l'auteur de l'œuvre première ne peut se retrancher derrière le droit moral pour ne pas l'exécuter. L'étendue de la liberté de création est alors déterminée par le contrat. La liberté d'adaptation peut d'ailleurs être assez large, lorsque l'on passe d'un genre à l'autre, comme c'est le cas de l'adaptation d'un livre en film. Lorsque l'œuvre n'est plus protégée, le droit moral peut limiter la liberté de création. Néanmoins, il

²⁵⁹⁹ E. DERIEUX, « Référé, liberté des médias et droit moral », *Légipresse*, n°232, juin 2006, II, chron. p. 73 et suiv., spéc. p. 74

²⁶⁰⁰ S. DENOIX DE SAINT MARC, « Les facultés conventionnelles ou légales de s'affranchir d'un contrat de commande », *RIDA*, n°179, janvier 1999, p. 3 et suiv., p.9

²⁶⁰¹ Affaire Whistler, Trib. Civ. de la Seine, 20 mars 1895, *ann. Propr. Ind.* 1897, p. 119 ; M. PLANIOL, *DP* 1898, 2, jurispr. p. 465

²⁶⁰² S. DENOIX DE SAINT MARC, « Les facultés conventionnelles ou légales de s'affranchir d'un contrat de commande », *RIDA*, n°179, janvier 1999, p. 3 et suiv., p. 15

²⁶⁰³ S. DENOIX DE SAINT MARC, *op. cit.*, p. 11

²⁶⁰⁴ S. DENOIX DE SAINT MARC, *op. cit.*, p. 13

²⁶⁰⁵ *Ibid.*

²⁶⁰⁶ S. DENOIX DE SAINT MARC, « Les facultés conventionnelles ou légales de s'affranchir d'un contrat de commande », *RIDA*, n°179, janvier 1999, p. 3 et suiv., p. 65



semble que celui-ci ne puisse pas empêcher toute création. La cour de cassation a eu recours à la notion de liberté de création, pour faire prévaloir la possibilité de créer une suite d'une œuvre tombée dans le domaine public. La liberté de création avait déjà été utilisée pour permettre aux peintres de ne pas conclure des contrats néfastes pour eux, même s'ils peuvent à cette occasion limiter leur liberté de création. De même, par un arrêt de 1987, la cour de cassation a affirmé la possibilité de restreindre la liberté de création, avant toute création²⁶⁰⁷.

Le droit de l'auteur de l'œuvre utilisée peut même être écarté lorsque cette œuvre est jugée accessoire à l'œuvre seconde. Le recours à la théorie de l'accessoire a d'ailleurs été étendu : non seulement elle trouve à s'appliquer lorsque l'œuvre n'est pas reconnaissable, mais aussi lorsqu'elle est reconnaissable si elle n'est qu'accessoire au sujet ou au thème général de l'œuvre seconde.

La liberté de création permet également de compléter le droit d'auteur. En effet, lorsque l'œuvre est une commande, elle doit répondre à certains critères. Dès lors son auteur limite sa liberté de création avant création. Tous les contrats de commande ne sont pas encadrés par le droit d'auteur. Les contrats de mécénat en particulier ne bénéficient pas d'une protection spécifique. Il a dès lors été utile que les juges recourent à la liberté de création pour limiter les abus auxquels les auteurs pouvaient être confrontés.

²⁶⁰⁷ Cass. 1^{re} civ., 7 avril 1987, n° 85-12.101, bull. 1987 I, n° 124 p 93 ; B. EDELMAN, *Dalloz* 3 mars 1988 n° 9, p. 97; B. EDELMAN, « Chronique de propriété littéraire et artistique », *JCP G*, n°51-52, 1987, chronique n°3312, III



CHAPITRE 2 : LA LIBERTE DE CREATION ET LES DROITS DES TIERS NON CREATEURS

552. Les créateurs en s'inspirant de leur entourage, personnes ou biens, peuvent porter atteinte aux droits des tiers. La liberté de création est alors restreinte, en particulier lorsqu'elle est opposée aux droits de la personnalité (section 1). En effet, sous couvert de création artistique, il semble qu'un auteur ne puisse pas blesser un tiers²⁶⁰⁸, lorsque ce dernier est visé et reconnaissable. La liberté de création peut également être opposée aux droits des propriétaires (section 2), mais la protection de l'image de leur bien ne semble plus désormais résulter de leur droit de propriété, et semble donc devoir plier devant la liberté de création.

Section 1 : Les droits de la personnalité et la liberté de création

553. Les droits de la personnalité. Les droits de la personnalité sont les droits qui permettent à leur titulaire « *d'exercer sa maîtrise des différents aspects de sa personnalité* »²⁶⁰⁹. La personnalité est entendue comme « *ce qui caractérise toute personne en général* »²⁶¹⁰.

Les droits de la personnalité ont été plus largement reconnus à partir de la seconde moitié du XXe siècle²⁶¹¹.

Ce sont des droits extrapatrimoniaux pour F. TERRE²⁶¹². Cependant, on peut aujourd'hui se demander si l'aspect patrimonial est séparable de l'aspect extrapatrimonial. L'aspect patrimonial est de plus en plus présent lorsque sont mis en cause des créations portant atteinte aux droits de la personnalité. La liberté de création également est requise pour protéger des intérêts patrimoniaux. Qu'oppose-t-on alors, des droits et libertés fondamentaux ou de simples intérêts financiers ?

554. Equilibre entre droits de même valeur. Ces droits de la personnalité confrontés à la liberté de création²⁶¹³ sont le droit au respect de la vie privée, le droit à l'image, le droit

²⁶⁰⁸ A. TRICOIRE, *Petit traité de la liberté de création*, éd. La découverte, 2011, p. 284

²⁶⁰⁹ A. LEPAGE, V° « Droits de la personnalité », *Rép. Civ. Dalloz*, 2010, n° 22

²⁶¹⁰ A. LEPAGE, *op. cit.*, n° 13

²⁶¹¹ A. LEPAGE, V° « Droits de la personnalité », *Rép. Civ. Dalloz*, 2010, n° 5 ; L'auteur cite comme impulsion, notamment P. KAYSER, « Le secret de la vie privée et la jurisprudence civile », *Mélanges R. SAVATIER*, 1965, Dalloz, p. 405 et suiv., du même auteur : « Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques », *RTD civ.* 1971, p. 444. Les juges ont consacré la notion de droits de la personnalité à partir des années 1968-1969, dans le rapport annuel de la cour de cassation.

²⁶¹² F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 5^e éd., 2000, n°350

²⁶¹³ C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, 9^e éd., 1999, n°121



au nom ou encore le droit au respect du corps humain²⁶¹⁴, le droit à la dignité, le droit moral de l'auteur²⁶¹⁵, le droit de réponse²⁶¹⁶....

La liberté de création, comme principe inhérent aux droits de propriété intellectuelle, doit être préservée lorsque les droits des tiers ne sont pas gravement atteints. Les juges cherchent à équilibrer droits de la personnalité et liberté de création. Ces droits ne peuvent en effet être systématiquement écartés et l'équilibre recherché tient à la valeur de ces droits. Ainsi, le « *respect de la liberté de la vie privée* » a pu être considéré comme une liberté civile, une liberté publique²⁶¹⁷.

La liberté de création est peu invoquée, elle est souvent confondue avec la liberté d'expression, qui bénéficie d'une protection légale.

Lorsqu'il s'agit des droits des tiers non créateurs, il doit être déterminé ce qui peut ou non être véritablement attentatoire aux droits des tiers et il semble que la limite est favorable au créateur, lorsqu'il est confronté à la vie privée (§ 1) ou au droit à l'image d'une personne (§ 2).

§ 1 : L'équilibre entre le respect à la vie privée et la liberté de création

555. Les différents aspects de la vie privée. Plusieurs éléments peuvent être pris en compte lorsque l'on se réfère à la vie privée. Celle-ci peut être invoquée en tant que telle (A). Le respect à la vie privée est souvent rattaché au droit au nom, ou au droit à l'oubli (B). Le

²⁶¹⁴ Article 16-1 al. 1 du code civil : « *Chacun a droit au respect de son corps* ».

²⁶¹⁵ Civ. 1^{re}, 10 mars 1993 ; comm. A. FRANCON, *Dalloz* 1994, p. 78 ; contre : J. RAYNARD, *JCP* 1993, II, 22161 : pour l'auteur, le droit moral est difficilement associé « à la catégorie des droits de la personnalité », car cela irait à l'encontre de l'unité des droits de propriété intellectuelle.

²⁶¹⁶ Consacré par l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881 : « *Le directeur de la publication sera tenu d'insérer dans les trois jours de leur réception, les réponses de toute personne nommée ou désignée dans le journal ou écrit périodique quotidien sous peine de 3 750 euros d'amende sans préjudice des autres peines et dommages-intérêts auxquels l'article pourrait donner lieu (...)* ».

²⁶¹⁷ Cass. 1^{re} civ. 16 juillet 1998, « Atteinte au droit à l'image d'une personne mise en scène de façon dévalorisante dans un jeu vidéo », *Dalloz* 1999, p. 541 ; comm. J.-C. SAINT-PAU, « L'article 9 du code civil : matrice des droits de la personnalité », *Dalloz*, 1999, p. 541. Le droit à la vie privée a également un fondement constitutionnel : Article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* ». Le juge constitutionnel a tiré de cet article le droit au respect de la vie privée (cons. const., 23 juillet 1999, com. L. MARINO, « Protection constitutionnelle du droit au respect de la vie privée », *Dalloz*, 2000, somm. p. 265 ; R. DESGORGES, « La valeur constitutionnelle du droit au respect de la vie privée », *comm. comm. électr.*, décembre 1999, comm., n°52 ; N. MOLFESSIS, « Désordre (anti)constitutionnel », *RTD civ.*, 1999, p. 724)



droit à l'image est également rapproché du droit au respect de la vie privée²⁶¹⁸, même s'il semble que ces deux droits sont distincts. La liberté de création a été plus particulièrement remise en cause pour les « fictions du réel » relatant des histoires réelles (C).

A) La vie privée

556. Définition. La vie privée est un ensemble d'informations personnelles²⁶¹⁹. Le contenu de cette notion a été précisé par la doctrine et la jurisprudence²⁶²⁰. Le droit à la vie privée est également considéré comme un droit fondamental²⁶²¹. En droit interne, le respect de la vie privée est garanti par l'article 9 du code civil²⁶²² et d'autres dispositions²⁶²³. A l'origine, ce droit a été admis par les juges²⁶²⁴. Le droit au respect de la vie privée a pu être valablement protégé grâce à la possibilité de faire cesser le préjudice par des mesures ordonnées en référé²⁶²⁵, qui n'était possible qu'en présence d'une immixtion « *intolérable* » dans la vie privée²⁶²⁶. Cette possibilité, en étant ensuite reconnue par la loi, légitime la restriction

²⁶¹⁸ P. KAYSER, « Le secret de la vie privée et la jurisprudence civile », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 405 et suiv., spéc. p. 416-417, n°11

²⁶¹⁹ D. GUTMAN, *Le sentiment d'identité*, thèse, Paris II, 1996, p. 265, cité par J.-C. SAINT-PAU, note sous cass. 1^{re} civ. 16 juillet 1998, « L'article 9 du code civil : matrice des droits de la personnalité », *Dalloz*, 1999, p. 541

²⁶²⁰ A. LEPAGE, V° « Droits de la personnalité », *Rép. Civ. Dalloz*, 2010, n° 61 ; D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité*, 2000, L.G.D.J., p. 226 et suiv.

²⁶²¹ Article 8 CEDH : « *Droit au respect de la vie privée et familiale*

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

²⁶²² Issu de la loi du 17 juillet 1970

²⁶²³ Ainsi, en droit pénal, certaines dispositions sanctionnent « *le fait (...), volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui* » : article 226-1 du code pénal. Les atteintes mentionnées par cet article sont les mêmes que celles visées par l'article 9 du code civil. L'inverse n'est pas vrai, les conditions pour reconnaître une atteinte au respect de la vie privée selon le droit pénal étant plus restrictives que celles permettant d'obtenir réparation sur le fondement de l'article 9 du code civil (A. LEPAGE, V° « Droits de la personnalité », *Rép. Civ. Dalloz*, 2010, n° 50).

²⁶²⁴ J.-C. SAINT-PAU, note sous cass. 1^{re} civ., 16 juillet 1998, « L'article 9 du code civil : matrice des droits de la personnalité », *Dalloz*, 1999, p. 541. Il cite : cass. 2^e civ., 12 juillet 1966 et CA Paris, 15 novembre 1966, *Dalloz* 1967, jurispr. P. 181, MIMIN ; cass. 1^{re} civ., 18 mai 1972, *JCP* 1972, II, n°17209, R. LINDON : la liberté d'expression ne pouvait être restreinte par ces mesures en référé qu'en « *cas d'immixtion intolérable dans la vie privée* ». C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, 9^e éd., 1999, n°122, p. 116 : application de l'article 1382 du code civil ou de la loi du 29 juillet 1881. Pour l'auteur, les juridictions « *semblaient ne vouloir intervenir que lorsque l'atteinte à la vie privée était intolérable* » (p. 117).

²⁶²⁵ J.-C. SAINT-PAU, note sous cass. 1^{re} civ. 16 juillet 1998, « L'article 9 du code civil : matrice des droits de la personnalité », *Dalloz*, 1999, p. 541

²⁶²⁶ Voir J.-C. SAINT-PAU, *op. cit.* p. 541 : cass. 2^e civ., 12 juillet 1966 et CA Paris, 15 novembre 1966, *Dalloz* 1967, jurispr. P. 181, Mimin ; cass. 2^e civ., 12 juillet 1966, *Gazette du Palais* 1966, 2, p. 187 ; 25 novembre 1966, bull. civ. II, n°929 ; *Gazette du Palais* 1967, 1, p. 201 ; TGI Paris, 14^e ch., 21 décembre 1970, *Gazette du Palais* 1971, 1, p. 145 ; cass. 1^{re} civ., 18 mai 1972, *JCP* 1972, II, n°17209, Conclusions de M. le 1^{er} avocat général LINDON (En l'espèce, l'atteinte intolérable résultait du fait que le livre, synthèse « *passionnée* » de faits



apportée à la liberté d'expression²⁶²⁷. Cela a été affirmé par les juges²⁶²⁸, comme par la doctrine²⁶²⁹. La faculté d'avoir recours à une mesure de référé est limitée aux cas d'urgence²⁶³⁰. Aujourd'hui, l'article 809 du NCPC peut limiter la liberté de création, même s'il existe une contestation sérieuse²⁶³¹. La liberté de création peut donc être restreinte plus facilement.

La vie privée est un droit revêtant une importance particulière et sa confrontation avec la liberté de création est ancienne(1). Elle ne peut être sollicitée que sous certaines conditions (2). Les juges tentent de trouver un équilibre entre liberté de création et vie privée (3).

déjà divulgués, avait donné une « *publicité et une intensité* » à l'affaire en cause que la presse « *n'avait pu lui donner* »).

²⁶²⁷ Conformément à l'article 10 al. 2 de la Conv. EDH : « 2. *L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire* » : J.-C. SAINT-PAU, note sous cass. 1^{re} civ. 16 juillet 1998, « L'article 9 du code civil : matrice des droits de la personnalité », *Dalloz*, 1999, p. 541. L'article 9 du code civil issu de la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 dispose en effet que « *Chacun a droit au respect de sa vie privée* ».

Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée; ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ».

²⁶²⁸ J.-C. SAINT-PAU, note sous cass. 1^{re} civ., 16 juillet 1998, *op. cit.* p. 541 : CA Paris, 4 nov. 1985, *Dalloz* 1986, IR p. 190, obs. R. LINDON : en l'espèce « *il n'apparaît pas à la lecture du livre (...) que les atteintes, intrusion et agression sont établies* » ; CA Paris, 1^{re} ch. A, 11 juin 1986, affaire Villemin, *JCP* 1987, II, n° 20754, obs. P. AUVRET ; *Dalloz* 1987, Jurispr. p. 107, note R. LINDON : les juges précisent que le public est « *déjà par ailleurs informé de l'essentiel du drame* » et sais que le livre en question constitue une « *défense de soi-même* » pour la mère ; TGI Paris, 17 juin 1987, CA Paris, 1^{re} ch. section B, 19 juin 1987 (Le Pen c/ le canard enchaîné), *JCP* 1988, II, n° 20957, obs. P. AUVRET (en l'espèce, le référé n'était pas justifié) ; CA Paris, 24 oct. 1991, *Dalloz* 1992, Jurispr. p. 244, note C. DEBBASCH ; 26 févr. 1992, *JCP* 1993, II, n° 22022, note J.-C. GALLOUX ; *Dalloz* 1993, Somm. p. 246, obs. T. HASSLER.

²⁶²⁹ P. KAYSER, « Les pouvoirs du juge des référés civil à l'égard de la liberté de communication et d'expression », *Dalloz* 1989, Chron. p. 11.

²⁶³⁰ Cette condition est posée par l'article 9 al. 2 du code civil. Les procédures d'urgence : L'article 9 du code civil pose deux conditions : qu'il y ait une « *atteinte à l'intimité de la vie privée* » et qu'il y ait « *urgence* ». Ce dernier critère est cependant relatif, dans la mesure où les juges ont estimé que « *la seule constatation de l'atteinte au respect de la vie privée et à l'image par voie de presse caractérise l'urgence et ouvre droit à réparation* » : Cass. 1^{re} civ. 12 décembre 2000, note A. LEPAGE, « Les beaux-jours du référé », *comm. comm. électr.*, septembre 2001, p. 27, 2^e esp.

²⁶³¹ L'article 808 du code de procédure civile (« *Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend* ») a tout d'abord été appliqué (J.-C. SAINT-PAU, note sous cass. 1^{re} civ. 16 juillet 1998, « L'article 9 du code civil : matrice des droits de la personnalité », *Dalloz*, 1999, p. 541, exemples note 23). Il prévoit cependant que les mesures de référé ne peuvent être prises qu'« *en l'absence de contestation sérieuse* » (J.-C. SAINT-PAU, note sous cass. 1^{re} civ. 16 juillet 1998, « L'article 9 du code civil : matrice des droits de la personnalité », *Dalloz*, 1999, p. 541). Aujourd'hui, l'article 809 du code de procédure civile (al. 1 : « *Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite* ») est applicable.

1. L'évolution

557. La liberté de création prévaut dans les années 1930. La prise en compte de l'atteinte à la vie privée était mesurée. Dans ce sens, le jugement rendu par le tribunal de la Seine en 1938²⁶³² a indiqué que « *le droit incontestable de l'écrivain de puiser dans la vie les matériaux nécessaires à son œuvre, est limité, seulement, par le respect de la personnalité d'autrui, sans qu'il y ait lieu, toutefois, de tenir un compte exagéré des susceptibilités humaines* »²⁶³³. Les juges avaient relevé que Guitry, même s'il avait dépeint son ancien professeur sous des traits peu flatteurs dans son livre « Souvenirs », n'avait nullement cherché à lui nuire.

558. Au début des années 1980 : la liberté de création est restreinte. Au début des années 1980, la jurisprudence était alors moins favorable à la liberté des écrivains. B. EDELMAN relève en effet que les juges avaient interdit « *à un auteur de mettre en cause, dans son autobiographie, sa propre épouse et ses beaux-parents, ou bien de faire état de ses démêlés conjugaux, ou bien encore de présenter un épisode de la vie d'un criminel célèbre en le faisant passer pour « vrai », eut-il été totalement inventé* »²⁶³⁴. Il y était défavorable dans la mesure où une telle protection de la vie privée peut avoir pour conséquence de « *stériliser la création* »²⁶³⁵.

559. 1987 : La liberté prévaut lorsque l'atteinte n'est pas intolérable. En 1987, les juges ont fait prévaloir la liberté de l'auteur d'une autobiographie, qui peut donc évoquer ses souvenirs et les personnes qui ont partagées sa vie, « *dès lors qu'il n'outrepasse pas les limites au-delà desquelles les atteintes sont manifestement intolérables pour ceux qu'elles visent ou concernent* »²⁶³⁶. C'est pourquoi, les juges ont débouté celui qui se plaignait de ce que ses relations amoureuses avaient été racontées dans une autobiographie par son ex-femme²⁶³⁷.

Il existe certaines limites pour celui qui invoque l'atteinte à sa vie privée (2).

²⁶³² Trib. de la Seine, 8 décembre 1938, *Gazette du Palais*, 1939. I. 382. En l'espèce, Sacha Guitry avait évoqué un de ses maîtres dans son livre « Souvenirs » avec ironie, sans que cela puisse être perçu comme une « *critique malveillante* » pour les juges. Au surplus, les juges n'ont pas constaté de préjudice.

²⁶³³ Cité par C. COLOMBET, « Droit au respect de son nom de l'artiste-interprète : impossibilité d'invoquer ce droit pour l'artiste dont le pseudonyme ne fait pas l'objet d'une notoriété et d'un usage prolongé », *Dalloz*, 1990, p. 52

²⁶³⁴ B. EDELMAN, « Chronique de propriété littéraire et artistique », *JCP* 1989, I, 3376, n°15

²⁶³⁵ *Ibid.*

²⁶³⁶ *Ibid.*

²⁶³⁷ TGI Paris, réf., 12 décembre 1987 ; CA Paris, 18 décembre 1987, B. EDELMAN, « Chronique de propriété littéraire et artistique », *JCP* 1989, I, 3376, n°15. En sens contraire, CA Paris, 1^{re} ch., 5 mars 1990, *Dalloz* 1990, p. 104

2. Les conditions

560. Seule la personne directement mise en cause peut se prévaloir du respect à sa vie privée. Il existe certaines conditions pour pouvoir demander la limitation de la liberté de création d'un auteur. Ainsi, on ne peut se prévaloir du respect à la vie privée d'un tiers. Un film contenant des scènes érotiques a eu notamment pour décor, la façade d'un immeuble, qui a été montrée suffisamment longtemps pour être reconnaissable²⁶³⁸. Le propriétaire du premier étage a estimé qu'il y avait atteinte à sa vie privée. Cependant, il est apparu que les séquences censées avoir lieu dans l'immeuble se déroulaient au quatrième et non au premier étage. Il ne peut donc y avoir d'atteinte « *intolérable à sa vie privée, à sa personnalité...* ». Le créateur ne peut donc se voir opposer le droit au respect de la vie privée par des personnes qui ne sont pas directement mises en cause.

561. Liberté de création et atteinte à la vie privée des proches d'une personne décédée. La liberté de création n'est en principe plus restreinte par le droit à l'image ou le respect à la vie privée lorsque la personne est décédée²⁶³⁹. Ainsi, la cour de cassation a affirmé que « *le droit d'agir pour le respect de la vie privée s'éteint au décès de la personne concernée, seule titulaire de ce droit* »²⁶⁴⁰.

²⁶³⁸ TGI Paris, TGI Paris, 1^{re} ch., 13 juin 1973, (note sous) P. FREMOND, *Gazette du Palais*, 10 janvier 1974, p. 27-28

²⁶³⁹ Le droit d'agir en justice pour le respect de la vie privée et le droit à l'image est en effet éteint au décès de la personne concernée, ces droits ne sont pas transmissibles à ses héritiers : E. DERIEUX, « Y a-t-il une vie (privée) après la mort ? Liberté d'expression et droits du défunt », *RLDI*, janvier 2010, n°56, act. p. 36 et suiv., spéc. p. 37

²⁶⁴⁰ A propos du livre « Le grand secret » publié par l'ancien médecin personnel de François Mitterrand : Cass. 1^{re} civ. 14 décembre 1999, B. BEIGNIER, « La vie privée : un droit des vivants », *Dalloz* 2000, jurispr. p. 372 ; Ch. CARON, « Les morts n'ont pas de vie privée », *Dalloz* 2000 somm. p. 372 ; J. HAUSER, « Droit à l'image, vie privée, cadavre et nécessités de l'information », *RTD civ.* 2000, p. 291 ; concl. M^{me} av. gén. C. PETIT, « Le droit au respect de la vie privée n'appartient qu'aux vivants », *JCP* 2000.II.10241 ; P. JOURDAIN, « Autorité de la chose jugée au pénal et responsabilité civile du dirigeant social : la condamnation pénale du dirigeant suffit-elle à caractériser une faute civile personnelle détachable de ses fonctions ? », *RTD civ.* 2000, p. 342. Cass. 1^{re} civ. 25 janvier 2000, Ch. CARON, « L'accessoire : exception au droit au respect de la vie privée », *Dalloz* 2000, Somm. p. 270 ; Ch. BIGOT, « Droit à l'image et illustration de l'actualité », *Dalloz* 2000, p. 409 ; et com. J. SAINTE-ROSE, « La publication de la photographie d'un groupe, centrée, non sur une personne, mais sur un évènement d'actualité, ne justifie pas une demande en réparation de la part de cette personne », *JCP G* 2000.II.10257. TGI Metz, 18 nov. 1998, S. HOCQUET-BERG, « Le droit de diffuser, sans autorisation parentale, la photographie en portrait d'un enfant décédé », *Dalloz* 1999, p. 694 ; CEDH, 2^e section, 18 mai 2004, comm. E. DERIEUX, « condamnation de la France par la Cour EDH pour l'interdiction définitive du livre Le grand secret », *Légipresse*, n°215, octobre 2004, III, p.173 ; N. FRICERO, « L'affaire Plon ou l'interdiction européenne d'un secret éternel », *Dalloz* 2004, p. 2539 ; A. GUEDJ, « Le grand secret de François Mitterrand devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Dalloz*, 2004, p.1838 ; J. HAUSER, « Monsieur se meurt, Monsieur est mort... », *RTD civ.*, 2004, p.483 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2004, I, 161, n°36 ; C. GAUTHIER, « Liberté d'expression et secret médical : l'honneur des morts n'aurait-il qu'un temps ? », *JCP A et C*, n°42, 11 octobre 2004, 1644 ; N. DEFFAINS, « Liberté d'expression et secret médical », *Europe*, n°10, octobre 2004, comm. 343. Cependant, la chambre criminelle de la cour de cassation a retenu que « *la fixation de l'image d'une personne, vivante ou morte, sans autorisation*



Cela implique que la liberté de création prévaut, sauf si les héritiers sont personnellement atteints. Ainsi, la diffamation envers la mémoire des morts n'est répréhensible que si les auteurs de celle-ci ont eu l'intention de porter atteinte à la « *considération des héritiers, époux ou légataires universels* »²⁶⁴¹. Ce n'est pas le préjudice causé à la personne décédée qui est condamnable mais le préjudice causé à ses proches. En effet, l'atteinte à la vie privée ne peut être invoquée pour un proche²⁶⁴². Une telle limite permet de ne pas restreindre excessivement la liberté de création.

562. La liberté de création prévaut après un certain délai lorsqu'il existe un intérêt historique à la divulgation. L'équilibre entre respect de la vie privée et liberté de création n'est pas recherché dans tous les cas. En effet, le respect de la vie privée est encadré. Si la famille proche peut s'opposer à la divulgation de faits relatifs à la vie privée d'un proche, après le décès de celui-ci, elle ne peut empêcher la divulgation de ces faits longtemps après leur survenue. L'intérêt du public, et la liberté de création, prévalent au bout d'un certain temps sur l'intérêt particulier de la personne visée, qui est limité par « *les droits de l'histoire* »²⁶⁴³. Il semble de plus que l'atteinte est réduite après un certain laps de temps, justifiant alors de faire prévaloir la liberté de création.

563. L'intérêt général favorable à la liberté de création. L'intérêt général a été évoqué à propos d'un livre du médecin de Mitterrand relatant la maladie de son patient. La restriction de la protection du respect de la vie privée après la mort comporte certaines limites.

préalable des personnes ayant pouvoir de l'accorder, est prohibée » : Cass. crim., 20 octobre 1998, n°97-84621, bull. 1998, n°264, p. 765

²⁶⁴¹ L'article 34 de la loi du 29 juillet 1881 dispose que « *Les articles 31, 32 et 33 ne seront applicables aux diffamations ou injures dirigées contre la mémoire des morts que dans le cas où les auteurs de ces diffamations ou injures auraient eu l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers, époux ou légataires universels vivants.*

Que les auteurs des diffamations ou injures aient eu ou non l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers, époux ou légataires universels vivants, ceux-ci pourront user, dans les deux cas, du droit de réponse prévu par l'article 13 ». Voir les exemples cités par E. DERIEUX, in E. DERIEUX, « Y a-t-il une vie (privée) après la mort ? Liberté d'expression et droits du défunt », *RLDI*, janvier 2010, n°56, act. p. 36 et suiv., spéc. p. 39, note 23 : notamment TGI Nanterre, 1^{re} ch., sect. C, 24 avr. 2001, *Ch. Blaise, épouse Villemain c/ A.-M. Couderc et Hachette Filipacchi*, *Légipresse* 2001, n° 183, I, 86 ; TGI Paris, 17^e ch., 31 mai 2001, *D. Miermont c/ Ch.-H. Flammarion*, *Légipresse* 2001, n° 185, I, 117 ; TGI Paris, 17^e ch., 14 oct. 2002, *Gevaudan c/ Sté Perrin et Aussaresses*, 14 oct. 2002, *Légipresse* 2003, n° 198, I, 5

²⁶⁴² CA Paris, 1^{re} ch., 27 mai 1997 : « *Considérant que si tout personne (...) a le droit au respect de sa vie privée, la faculté ouverte à chacun d'interdire toute forme de divulgation de celle-ci n'appartient qu'aux vivants* ». Voir également : CA Paris, 1^{re} ch., section A, 13 mars 1996, éditions Plon, Gubler c/ Mitterrand et a., com. E. DERIEUX, « Atteinte à la vie privée et violation du secret médical », *Légipresse*, 1996, n° 130, III, 34 ; *JCP G* 1996 II, 22632 : Le médecin personnel de Mitterrand a été condamné pour avoir publié un livre sur son ancien patient, dans la mesure où la violation du secret professionnel a causé à sa femme et ses enfants un « *préjudice moral aussi bien que matériel* ». Ils « *ont un intérêt légitime à agir en réparation du trouble que leur cause les imputations critiquées* ».

²⁶⁴³ P. KAYSER, « Le secret de la vie privée et la jurisprudence civile », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 405 et suiv., spéc. p. 415, n°9



Le secret médical doit être respecté même après le décès. Ni l'écoulement du temps, ni la révélation des faits « *ne délient le médecin du secret professionnel* »²⁶⁴⁴. Les juges français avaient constaté que l'atteinte avait causé un préjudice à ses proches et avaient fait interdire le livre. Cependant, en l'espèce, la cour européenne des droits de l'homme a fait prévaloir l'intérêt général et limite dans le temps l'interdiction de la révélation des faits relevant du secret professionnel²⁶⁴⁵. La cour a donc affirmé que « *la publication de l'ouvrage « Grand secret » s'inscrivait dans un débat d'intérêt général alors largement ouvert en France et relatif au droit des citoyens d'être, le cas échéant, informé des affections graves dont souffre le chef de l'Etat* ». Elle a estimé que « *le maintien de l'interdiction de la diffusion du « Grand secret », même motivée de façon pertinente et suffisante, ne correspondait plus à un « besoin social impérieux » et s'avérait donc disproportionné aux buts poursuivis* », car « *le passage du temps doit nécessairement être pris en compte pour apprécier la compatibilité avec la liberté d'expression d'une mesure aussi grave que l'interdiction, en l'espèce elle aussi générale et absolue, d'un livre* »²⁶⁴⁶.

564. La reprise de faits déjà divulgués présentant un intérêt historique. Il est également possible de reprendre des faits divulgués, lorsqu'ils présentent un intérêt historique²⁶⁴⁷.

565. Limite. La liberté de l'auteur n'est pour autant pas illimitée, et les juges du fond doivent rechercher si celui-ci dispose d'éléments sérieux. Pour ne pas être considérées comme une diffamation, les imputations doivent reposer « *sur une base factuelle suffisante autorisant la mise en cause personnelle de la partie civile* », même si elle « *concernaient un sujet d'intérêt général* »²⁶⁴⁸.

D'une manière générale, un équilibre est recherché entre le respect de la vie privée et la liberté de création (3).

3. L'équilibre recherché entre vie privée et liberté de création

566. Recherche d'un équilibre entre deux droits fondamentaux. S'appuyant sur la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, les juges de la cour de cassation ont affirmé que cet équilibre doit « *privilégier la solution la plus protectrice de*

²⁶⁴⁴ N. FRICERO, « L'affaire Plon ou l'interdiction européenne d'un secret éternel », *Dalloz*, 2004, p. 2539

²⁶⁴⁵ *Ibid.*

²⁶⁴⁶ CEDH, 18 mai 2004, Société Plon c/ France, n° 58148/00

²⁶⁴⁷ Cass. 1^{re} civ. 10 octobre 1995, bull. civ., I, n°356 : à propos d'aspects de la vie privée déjà divulgués par l'empereur de Chine, repris dans un livre.

²⁶⁴⁸ Cass. crim. 13 mars 2012, *Légipresse*, n°296, juillet/août 2012, p. 409, n°296/06 : il était fait mention d'un nom parmi trente autres sur la couverture d'un livre intitulé « Complices de l'inavouable. La France au Rwanda ».



l'intérêt le plus légitime », car les « *les droits au respect de la vie privée et à la liberté d'expression, [revêtent], eu égard aux articles 8 et 10 de la Convention européenne et 9 du Code civil, une identique valeur normative* »²⁶⁴⁹.

567. Dans le cas d'une œuvre de fiction, les personnes doivent être identifiables. La solution retenue est la même que pour les œuvres ayant pour sujet des faits divers. L'atteinte à la vie privée est constituée « *dès lors que l'œuvre de fiction veut ou peut se faire passer pour vraie* »²⁶⁵⁰. En l'espèce, l'auteur racontait sa propre vie, mais les personnes avec lesquelles elle partageait ses souvenirs étaient identifiables dans le roman, malgré les précautions prises. Celles-ci n'avaient pas donné leur consentement. Dès lors, l'atteinte à la vie privée est réelle et sanctionnée. Cela n'est pas systématique, il est nécessaire de montrer que l'atteinte est grave pour écarter la liberté de création.

568. La restriction de la liberté de création justifiée par la gravité de l'atteinte. Plus récemment, le TGI de Paris a condamné l'auteur d'un « roman » qui portait atteinte à la vie privée de son ex-compagne. En l'espèce, il semble que c'est la « *gravité des atteintes portant sur des aspects particulièrement intimes ou douloureux* » ainsi que l'« *importante diffusion de l'ouvrage* » qui explique que la liberté de création cède devant la vie privée²⁶⁵¹.

569. La « liberté de création » prime lorsque l'atteinte ne revêt pas un « caractère de toute particulière gravité ». La même chambre du TGI de Paris a fait prévaloir la « *liberté de création* » de l'auteur d'une autofiction en tant que telle sur le fondement des articles 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, au motif que « *sans aucunement nier la souffrance morale éprouvée par la demanderesse à la lecture d'un livre exposant sa vie de manière particulièrement réaliste et retraçant des moments très difficiles et très douloureux de son existence (...) le préjudice moral subi ne présente cependant pas, en l'espèce, le caractère de toute particulière gravité qui pourrait faire prévaloir le droit au respect de la vie privée sur le droit à la liberté de création artistique et qui justifierait le prononcé de sanctions gravement attentatoires au droit de l'auteur à*

²⁶⁴⁹ Cass. 1^{re} civ. 9 juillet 2003, comm. J. RAVANAS, « Liberté de l'information et droit de chacun au respect de sa vie privée : la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime est à privilégier », *JCP G* 10 n° 37, 10 septembre 2003, II 10139

²⁶⁵⁰ Cass. 1^{re} civ. 25 février 1997, J. RAVANAS, « Peut-on encore douter de l'autonomie et de la force des droits de la personnalité ? », *JCP G*, n° 27, 2 juillet 1997, II, 22873

²⁶⁵¹ TGI Paris, 17^e ch. civ. 7 septembre 2011, *Légipresse*, n°288, novembre 2011, p. 618



divulguer son œuvre au public »²⁶⁵². Les juges ont également précisé que le caractère de gravité devait être apprécié au cas par cas²⁶⁵³, en tenant compte par exemple du laps de temps mis par la demanderesse pour demander le retrait du livre en cause, les rapports entre les ex époux... Il semblerait que la gravité de l'atteinte, voire la volonté de nuire soit prise en considération, pour limiter ou non la liberté de création.

La liberté de création à laquelle font référence les juges, est celle contenue à la fois dans la liberté d'expression, protégée par la DDHC et la CEDH, mais aussi celle à laquelle fait référence la Convention universelle des droits de l'homme. Ainsi, le droit des auteurs ne peut exister que si l'auteur peut « *communiquer son œuvre et, pour ce faire, de créer sans crainte d'être l'objet d'une quelconque censure* »²⁶⁵⁴.

Avec la vie privée, d'autres éléments de la personnalité peuvent être atteints par la liberté de création (B).

B) Les autres droits de la personnalité qui y sont rattachés

570. Les droits associés à la vie privée sont parfois confondus avec celle-ci. Certains estiment néanmoins que le droit au nom peut être séparé du droit au respect de la vie privée²⁶⁵⁵ (1). Leur autonomie a pu être remise en cause. Ainsi, par exemple, le droit à l'oubli (2) est pour A. BERTRAND une des composantes de la vie privée²⁶⁵⁶.

1. Le droit au nom

571. L'utilisation du nom dans une œuvre de l'esprit. L'auteur est libre de donner le nom qu'il souhaite à ses personnages. Cependant, s'il existe un danger de confusion²⁶⁵⁷ ou si le personnage est ridicule²⁶⁵⁸, sa liberté de création sera limitée.

²⁶⁵² TGI Paris, 17^e ch. civ., 16 mai 2012, *Légipresse*, n°299, novembre 2012, p. 634 et suiv., com. M. SIMONET, « Autofiction : un malentendu entre le droit et la littérature », p. 637 et suiv.

²⁶⁵³ TGI Paris, 17^e ch. civ., 16 mai 2012, *Légipresse*, n°299, novembre 2012, p. 634 et suiv. : le juge doit apprécier « *dans chaque cas d'espèce, lequel de ces deux droits d'égale valeur normative doit prévaloir sur l'autre* ».

²⁶⁵⁴ TGI Paris, 17^e ch. civ., 16 mai 2012, *Légipresse*, n°299, novembre 2012, p. 636

²⁶⁵⁵ Voir dans ce sens : A. LEPAGE, obs. sous cass. 1^{re} civ. 7 mai 2008, n° 07-12.216, « Les liens entre nom et vie privée », *com. com. électr.* n° 7, juillet 2008, com. 94 ; également, cité par J. HAUSER, com. de CA Paris, 30 octobre 1998, « De Bérus aux Bidochons », *RTD civ.* 1999, p. 61 ; G. LOISEAU, *Le nom objet d'un contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 274, n° 127. Favorable à une autonomisation, sans qu'il s'agisse pour autant d'une totale séparation : J. HAUSER, « La protection de la vie privée : conditions et sanctions », *RTD civ.* 1997, p. 632

²⁶⁵⁶ A. BERTRAND, *Droit à la vie privée et droit à l'image*, Litec, 1999, n°85

²⁶⁵⁷ CA Paris, 1^{re} ch. 24 mai 1975, *Dalloz* 1975, p. 488, note R. LINDON : il n'y avait pas de risque de confusion entre le personnage de Beru de San Antonio et le comte de Beru



Ainsi, lorsque le nom en question est rare et « *porté que par une seule famille, bretonne et notoirement connue, qu'il a été illustré par des ancêtres célèbres* »²⁶⁵⁹, il ne peut être utilisé librement.

En revanche, lorsque le personnage dont le nom associé à la profession du demandeur ne présente pas de caractère ou de rôle odieux, il n'y a pas lieu de limiter la liberté de création²⁶⁶⁰.

572. Limite à la liberté lorsque la personne dont l'auteur s'est inspiré est identifiable. Le principe est que la liberté de création permet à un auteur de « *s'inspirer, même délibérément, pour la création d'un personnage de fiction, d'une personne réelle en empruntant ses traits de caractère fussent-ils odieux ou désagréables, et en en faisant un portrait véridique mais sans livrer au public aucun élément d'identification de cette personne dont il est admis qu'elle est inconnue du public et que seule elle-même ou ses proches peuvent l'identifier sous un personnage de fantaisie* »²⁶⁶¹. La faute a cependant été retenue en l'espèce, car le personnage de Madame Groseille du film « La vie est un long fleuve tranquille » était inspiré d'une personne réelle, Groseille était son pseudonyme d'artiste de spectacle, et l'actrice choisie lui ressemblait physiquement. Il était donc inévitable d'identifier le personnage à l'artiste, pour ceux l'ayant côtoyée dans sa vie privée ou professionnelle.

573. La liberté limitée même en cas d'avertissement de l'auteur. Le créateur ne peut s'exonérer de sa responsabilité, la déclaration selon laquelle « *toute ressemblance avec des personnes ayant existé...* » n'est en effet pas valable²⁶⁶².

574. Le cas particulier de l'autofiction. Le fait d'utiliser les véritables prénoms des protagonistes dans une « autofiction » n'est en revanche semble-t-il pas condamnable²⁶⁶³. De

²⁶⁵⁸ Non condamnation pour l'utilisation du nom Bidochon : CA Paris, 30 octobre 1998, Bidochon, *dalloz affaire* 1999, p. 165 ; HAUSER, « De Béru aux Bidochons », *RTD civ*, 1999, p. 61 ; *JCP* 1999, I, 149 ; TEYSSIE ; condamnation en raison du ridicule du personnage : TGI Paris, 19 octobre 2005, *Légipresse* 2005, I, 180 ; lorsque le personnage a un caractère « *peu reluisant* » (termes de P.-Y. GAUTIER) : notamment : Paris, 16 mars 1974, *JCP* 1975, II, 17935

²⁶⁵⁹ Cass. 1^{re} civ., 8 octobre 2009, n°08-10045, comm. L. COSTES, « Conditions d'utilisation d'un nom patronymique dans une œuvre de fiction », *RLDI*, novembre 2009, n°54, act. p. 34, n°1792

²⁶⁶⁰ Trib. civ. de la Seine, 8 novembre 1950, *Dalloz* 1950, jurispr. p. 762 et suiv.. En l'espèce, les noms et profession étaient ceux d'une personne rencontrée par l'auteur, Robert MERLE, dans un camp de prisonniers de guerre pendant la seconde guerre mondiale parmi des milliers d'autres. L'auteur, sans intention de nuire, et faisant la synthèse de ses souvenirs, avait associé ce nom à une scène qu'il avait vécue, d'un homme transportant le corps d'une jeune femme morte.

²⁶⁶¹ Cass. 2^e civ., 21 novembre 1990, *Légipresse*, n°84, septembre 1991, III, p.85

²⁶⁶² P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2012, 8^e éd., n° 442, p. 449 ; voir également MAZEAUD et CHABAS, *Leçons, obligations*, 9^e éd., n°638 : à propos de la nullité des clauses exonératoires (affaire Chronopost et autres). Quand clause



plus, en l'espèce, le mari qui invoquait son droit au respect de la vie privée avait tenu un rôle public lors de la parution des deux premiers ouvrages, puisqu'il en avait été le dédicataire ou avait fait la présentation du livre à l'étranger. Son implication antérieure rendait dès lors difficile la reconnaissance d'une atteinte à sa vie privée.

Dans le même sens, plus récemment, la cour d'appel de Paris a jugé que « *l'utilisation littéraire du nom d'autrui est libre et (...) il convient de parvenir à un équilibre entre une protection efficace du nom et la liberté de création* »²⁶⁶⁴.

575. Le nom en droit des marques. En droit des marques, le signe ne peut pas porter atteinte aux droits des tiers sur le nom patronymique ou encore le pseudonyme²⁶⁶⁵. Cependant, les restrictions à la liberté de création sont encadrées strictement²⁶⁶⁶. Le nom doit bénéficier d'une notoriété²⁶⁶⁷ ou être rare²⁶⁶⁸. De plus, la marque ne peut être contestée que si le signe est identique au nom, « *du point de vue graphique et phonétique* »²⁶⁶⁹. Le risque de confusion doit être apporté par le titulaire du nom²⁶⁷⁰, seul fondé à le revendiquer. Il n'y a pas de risque de confusion lorsque l'homonymie est fortuite²⁶⁷¹. L'existence d'une réelle atteinte est

²⁶⁶³ Cette solution étant tirée d'une ordonnance du TGI de Paris, 4 avril 2003, une décision contraire peut être rendue. Les juges ont ici estimé que l'utilisation des prénoms n'était pas condamnable au motif que cela n'était pas « *à cette œuvre le caractère fictif que confère à toute œuvre d'art sa dimension esthétique, certes, nécessairement empruntée au vécu de l'auteur mais également passée au prisme déformant de la mémoire et, en matière littéraire, de l'écriture* ». A. TRICOIRE, *Petit traité de la liberté de création*, éd. La découverte, 2011, p. 221.

²⁶⁶⁴ CA Paris, pôle 5, ch. 7, 24 novembre 2010, *Légipresse* n° 279, janvier 2011, p. 15 n°279-21. En l'occurrence, il s'agissait d'une autobiographie d'une anorexique qui avait utilisé le nom d'une personne dans la même situation. La cour avait relevé qu'« *aucun élément ne permettait d'établir qu'il a été porté atteinte à la vie privée de l'intimée* », que les nom et prénom n'étaient pas rares ou notoires, et qu'il n'était pas montré qu'il y avait eu un contact entre les deux.

²⁶⁶⁵ Article L. 711-4 CPI : « *Ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment: (...)*

g) *Au droit de la personnalité d'un tiers, notamment à son nom patronymique, à son pseudonyme ou à son image...* ». F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, éd. Economica, 2011, p. 802, n°1403. L'auteur cite par exemple G. LOISEAU, *Le nom, objet d'un contrat*, LGDJ, 1997. G. BONET, « L'usage du nom d'autrui dans une marque : à propos de l'arrêt Viagra de la Cour d'appel de Paris du 15 décembre 2000 », *Dalloz*, 2001, chron. p. 1298.

²⁶⁶⁶ Faisant primer la liberté du commerce et de l'industrie : G. BONET, *op. cit.* p. 1298.

²⁶⁶⁷ Voir par exemple : à propos de Stallone : TGI Paris, 29 juin 1988, *PIBD*, 1988, n°441, III, p.420.

²⁶⁶⁸ G. BONET, « L'usage du nom d'autrui dans une marque : à propos de l'arrêt Viagra de la Cour d'appel de Paris du 15 décembre 2000 », *Dalloz*, 2001, chron., p. 1298 ; F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, éd. Economica, 2011, p. 804, n°1404.

²⁶⁶⁹ G. BONET, *op. cit.* p. 1298.

²⁶⁷⁰ D. PORACCHIA et C.-A. MAETZ, « Insertion du nom notoire dans une dénomination sociale et dépôt de marque », *Dalloz* 2005, p. 845.

²⁶⁷¹ Cass. com., 9 février 1993, bull. civ., IV, n°57 ; *RIPIA* 1993, p. 39 ; com. J.-J. BUSRT, « En l'absence de risque de confusion, le dépôt d'une marque ne constitue pas l'usurpation d'un nom patronymique », *Dalloz* 1994, com. 55.



également requise pour limiter la liberté de création de marque. Ainsi, la liberté de création cède lorsqu'elle est confrontée à un droit de la personnalité d'un tiers.

Ce risque existe lorsque le public est amené à croire que le titulaire du nom a donné son accord pour l'utilisation de celui-ci ou participe à son exploitation²⁶⁷². De plus, l'utilisation de son nom en tant que marque doit être préjudiciable²⁶⁷³. Elle doit constituer une atteinte à la réputation par exemple²⁶⁷⁴. Elle n'est pas considérée comme préjudiciable lorsqu'elle n'est connue que d'un nombre limité de personnes, ou par une profession particulière. Ainsi, les juges de la Cour d'appel de Paris ont refusé de faire interdire la marque Ritz-Escoffier, au motif que le nom d'Escoffier « *demeurait connu des chefs cuisiniers et des gastronomes, mais non de la majeure partie du public français* »²⁶⁷⁵. Le risque de confusion doit exister pour l'ensemble du public. La Cour d'appel de Paris a estimé que le nom Negresco pouvait être donné à un chocolat dans la mesure où le nom, bien que connu en tant qu'enseigne de l'hôtel Negresco, ne l'était plus en tant que nom patronymique²⁶⁷⁶.

Cela est valable pour le pseudonyme également²⁶⁷⁷.

Le droit à l'oubli est également rattaché au droit au respect de la vie privée. Son existence est cependant contestée (2).

2. Le droit à l'oubli

576. Ce dont il s'agit. Ce droit permettrait à celui qui s'en prévaut de ne pas voir resurgir des faits anciens.

L'oubli semble en effet essentiel, « *refuser un droit à l'oubli c'est nourrir l'homme de remords, qui n'a d'autre avenir que son passé, dressé devant lui comme un mur qui bouche l'issue* »²⁶⁷⁸.

²⁶⁷² F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, éd. Economica, 2011, p. 803, n°1404

²⁶⁷³ G. BONET, « L'usage du nom d'autrui dans une marque : à propos de l'arrêt Viagra de la Cour d'appel de Paris du 15 décembre 2000 », *Dalloz*, 2001, chron. p. 1298 ; D. PORACCHIA et C.-A. MAETZ, « Insertion du nom notoire dans une dénomination sociale et dépôt de marque », *Dalloz* 2005, p. 845

²⁶⁷⁴ F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, éd. Economica, 2011, p. 803, n°1404

²⁶⁷⁵ CA Paris, 2 décembre 1992, cité par G. BONET, *op. cit.* p. 1298

²⁶⁷⁶ CA Paris, 15 mai 1985, *RDPI* 1985, n°1, p. 128 : Cité par G. BONET, *op. cit.* p. 1298. Confirmé par cass. com. 28 avril 1987, *JCP* 1987, IV, n°225

²⁶⁷⁷ Voir les exemples donnés par F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, éd. Economica, 2011, p. 802, note 5.

Pour A. BERTRAND, le fondement de ce droit tient « *dans le principe qu'un condamné qui a purgé sa peine a le droit légitime de reprendre une vie normale sans qu'on rappelle au public les faits pour lesquels il a été jugé dans le passé* »²⁶⁷⁹. Le droit à l'oubli est donc présenté par certains comme un nouveau droit de la personnalité²⁶⁸⁰. Cependant, l'importance de ce droit est limitée²⁶⁸¹. Il a tout d'abord été proclamé par les juges du fond²⁶⁸², mais les juges de la cour de cassation ne s'y sont pas référés²⁶⁸³. Ce n'est pas un droit absolu²⁶⁸⁴.

Le droit à l'oubli vise à protéger les personnes en interdisant la mention d'informations telles que la vie privée, le passé pénal. Le droit à l'oubli s'étendrait également à « *l'usage de l'information* » qui peut également constituer un préjudice²⁶⁸⁵.

577. La protection du droit à l'oubli. Le droit à l'oubli est protégé notamment par l'article 35, alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881²⁶⁸⁶, relatif à la diffamation. Cet article interdit

²⁶⁷⁸ P. KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit*, PUAM, 3^e éd., 1999

²⁶⁷⁹ A. BERTRAND, *Droit à la vie privée*, 1999, p. 42 et suiv., n°86

²⁶⁸⁰ J. FRAYSSINET, « Le pseudo-droit à l'oubli appliqué à la presse », *Légipresse*, n°276, octobre 2010, p. 273 et suiv.

²⁶⁸¹ Th. HASSLER, « Droit de la personnalité : rediffusion et droit à l'oubli », *dalloz*, 2007, p. 2829

²⁶⁸² TGI Paris, 1^{re} ch. 1^{re} section, 20 avril 1983, comm. R. LINDON, *JCP G* 1985, II, 20434 ; TGI Paris, 25 mars 1987, comm. AMSON, *Dalloz* 1988, somm. p. 198

²⁶⁸³ B. EDELMAN, comm. cass. 1^{re} civ., 3 décembre 1980, *Dalloz* 1981, jurispr., p. 221 ; obs. D. BECOURT, *JCP G* 1982, II, 19742 ; même affaire CA Paris, 6 octobre 1983, *Dalloz* 1983, p.185 : exemples donnés par Th. HASSLER, « Droit de la personnalité : rediffusion et droit à l'oubli », *dalloz*, 2007, p. 2829, n°3. Certains exemples ne sont pas une illustration de l'opposition entre droit à l'oubli et liberté de création, le droit à l'oubli restreint en effet d'autres libertés telles que la liberté d'expression, ou son corollaire le droit à l'information.

²⁶⁸⁴ A. BERTRAND, *Droit à la vie privée*, 1999, p. 42 et suiv., n°89

²⁶⁸⁵ J. FRAYSSINET, « Le pseudo-droit à l'oubli appliqué à la presse », *Légipresse*, n°276, octobre 2010, p. 273 et suiv.

²⁶⁸⁶ Article 35 de la loi du 29 juillet 1881 : « *La vérité du fait diffamatoire, mais seulement quand il est relatif aux fonctions, pourra être établie par les voies ordinaires, dans le cas d'imputations contre les corps constitués, les armées de terre, de mer ou de l'air, les administrations publiques et contre toutes les personnes énumérées dans l'article 31.*

La vérité des imputations diffamatoires et injurieuses pourra être également établie contre les directeurs ou administrateurs de toute entreprise industrielle, commerciale ou financière, dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou offerts au public sur un système multilatéral de négociation ou au crédit.

La vérité des faits diffamatoires peut toujours être prouvée, sauf :

a) Lorsque l'imputation concerne la vie privée de la personne ;

b) Lorsque l'imputation se réfère à des faits qui remontent à plus de dix années ;

c) Lorsque l'imputation se réfère à un fait constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision ;

Les deux alinéas a et b qui précèdent ne s'appliquent pas lorsque les faits sont prévus et réprimés par les articles 222-23 à 222-32 et 227-22 à 227-27 du code pénal et ont été commis contre un mineur.

Dans les cas prévus aux deux paragraphes précédents, la preuve contraire est réservée. Si la preuve du fait diffamatoire est rapportée, le prévenu sera renvoyé des fins de la plainte.

Dans toute autre circonstance et envers toute autre personne non qualifiée, lorsque le fait imputé est l'objet de poursuites commencées à la requête du ministère public, ou d'une plainte de la part du prévenu, il sera, durant l'instruction qui devra avoir lieu, sursis à la poursuite et au jugement du délit de diffamation.

Le prévenu peut produire pour les nécessités de sa défense, sans que cette production puisse donner lieu à des poursuites pour recel, des éléments provenant d'une violation du secret de l'enquête ou de l'instruction ou de tout autre secret professionnel s'ils sont de nature à établir sa bonne foi ou la vérité des faits diffamatoires ».



de rapporter la preuve du fait diffamatoire lorsque les faits sont anciens ou lorsque le fait constituant une infraction est « *amnistiée ou prescrite* », ou lorsque la condamnation de cette infraction est effacée.

Le droit à l'oubli ne bénéficie pas d'une protection spéciale. Une telle protection n'est pas forcément souhaitée, certains préconisent d'intégrer cet aspect à la protection de la vie privée, au droit à l'image, à la protection des données personnelles²⁶⁸⁷.

578. Application du droit à l'oubli. La réutilisation dans un livre de faits touchant à la vie privée peut être licite. La liberté d'expression et donc de création prévaut sur ce droit à l'oubli²⁶⁸⁸. Lorsqu'il s'agit de faits ayant déjà été révélés, leur utilisation n'est possible que si cette révélation était légale. En revanche, l'auteur doit être prudent et objectif, il ne peut en effet omettre la réhabilitation de la personne condamnée²⁶⁸⁹.

579. Refus d'appliquer le droit à l'oubli. Il n'est cependant pas invocable lorsque le fait divers « *est entré dans l'histoire* », les juges considèrent en effet qu'il est « *légitime que les auteurs s'y intéressent notamment pour dénoncer... les dérives médiatiques, les défaillances du service public et de la justice dans son ensemble* »²⁶⁹⁰. Il ne joue pas non plus lorsque le demandeur a lui-même fait la publicité des faits²⁶⁹¹.

Dans un arrêt du 20 novembre 1990, les juges ont affirmé que le droit à l'oubli n'était pas une règle générale du droit²⁶⁹². Il ne trouvait pas à s'appliquer, quarante ans après les faits, à partir du moment où « *les faits touchant à la vie privée (...) avaient été livrés, en leur temps, à la connaissance du public par des comptes rendus de débats judiciaires parus dans la presse locale ; qu'ainsi ils avaient été licitement révélés et, partant, échappaient à sa vie privée* »²⁶⁹³.

²⁶⁸⁷ J. FRAYSSINET, « Le pseudo-droit à l'oubli appliqué à la presse », *Légipresse*, n°276, octobre 2010, p. 274

²⁶⁸⁸ Th. ASSLER, « Droit de la personnalité : rediffusion et droit à l'oubli », *dalloz*, 2007, p. 2829

²⁶⁸⁹ Cass 1^{re} civ., 20 novembre 1990, comm. J. RAVANAS, *JCP G* 1992, n°40, II, 21908 ; *JCP G* 1991, n°3, IV, p. 29, 100223

²⁶⁹⁰ A propos de CA Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} section, 19 mai 2011, « L'affaire Villemin étant entrée dans l'histoire, il est légitime de dénoncer, dans un ouvrage lui étant consacré, les dérives médiatiques et les défaillances de la justice », *Légipresse*, n°284, juin 2011, p.333, n°284-05

²⁶⁹¹ TGI Paris, 17^e ch., 9 décembre 2002, comm. Ch. CARON, « A propos du conflit entre les œuvres de fiction et la vie privée », *Dalloz*, 2003, p. 1715

²⁶⁹² Cass. 1^{re} civ., 20 novembre 1990, comm. J. RAVANAS, *JCP G* 1992, n°40, II, 21908 ; *JCP G* 1991, n°3, IV, p. 29

²⁶⁹³ *Ibid.*



Cela s'explique dans la mesure où « *un droit à l'oubli trop pressant risquerait de paralyser excessivement la création* »²⁶⁹⁴.

Le droit à l'oubli est, de plus, difficile à appliquer, en particulier en matière de presse, en raison de la disponibilité des informations sur internet²⁶⁹⁵.

580. La liberté de création est également sollicitée par les créateurs d'œuvres inspirées de faits divers. Celles-ci sont en effet susceptibles de porter atteinte au respect de la vie privée, au droit à l'oubli ou au droit au nom. La liberté de création peut alors être restreinte sur le fondement de l'article 9 du code civil²⁶⁹⁶. Ces romans ou films s'inspirent de la vie de personnes réelles, mêlant des épisodes de la vie d'autrui avec des éléments imaginaires. Depuis quelques années, les « docu-fictions »²⁶⁹⁷ se sont développés²⁶⁹⁸ (C).

C) Les œuvres inspirées d'un fait divers et la liberté de création

581. Œuvres inspirées d'un fait divers. Les « fictions du réel » ou « docu-fictions » ont la particularité de relater une histoire réelle, de manière romancée. Il s'agit très souvent d'affaires criminelles.

²⁶⁹⁴ Affaire Turquin, com. Ch. CARON, sous TGI Paris, 9 décembre 2002, « A propos du conflit entre les œuvres de fiction et la vie privée », *Dalloz*, 2003, p. 1715

²⁶⁹⁵ J. FRAYSSINET, « Le pseudo-droit à l'oubli appliqué à la presse », *Légipresse*, n°276, octobre 2010, p. 274

²⁶⁹⁶ Voir par exemple, cass. 1^{re} civ., 3 décembre 1980, *Dalloz* 1981, jurispr. p. 221 ; *JCP G* 1982, II 19742 ; cassé par CA Paris, 6 octobre 1982, note R. LINDON, *Dalloz* 1983, jurispr. p. 185 ; cass. 1^{re} civ., 25 février 1997 ; comm. J. RAVANAS, « Peut-on encore douter de l'autonomie et de la force des droits de la personnalité ? », *JCP G*, 2 juillet 1997, n°27, II, 22873, p. 319 ; Cass. 2^e civ., 3 juin 2004, GP 10 mai 2005, n°130 p.46 ; cass. 1^{re} civ. 7 février 2006, comm. G. LOISEAU, « Une œuvre de fiction utilisant des éléments de l'existence d'autrui, ne peut en adjoindre d'autres qui, fussent-ils imaginaires, portent atteinte au respect dû à sa vie privée », *JCP G*, 22 mars 2006, n°12, II, 10041, p. 560 ; J. HAUSER, « Vie privée et liberté de création : quand la fiction rejoint la réalité ! Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 7 févr. 2006, Madame Y. contre Monsieur Jean X. et la société Sedim éditions du Paléon, pourvoi numéro 04-10.941 », *RTD civ.*, avril 2006, n°2, p.279 ; J. SAINTE-ROSE, *Gazette du Palais*, 11 juin 2006, n°162, p. 6 ; L. MARINO, « La fiction et la liberté de création : l'atteinte à la vie privée imaginaire dans une « fiction du réel » », *Gazette du Palais*, 27 avril 2007, n°117, p. 26 ; TGI Paris, 17^e ch., 9 décembre 2002, comm. Ch. CARON, « A propos du conflit entre les œuvres de fiction et la vie privée », *Dalloz* 2003, n° 26, jurisprudence p. 1715 ; affaire Turquin ; Tribunal de Paris, 4 avril 2003 ; CA Paris, ch. 14, section B, 5 octobre 2007, JurisData 2007-344787, com. Ch. CARON, « Droit d'auteur : vive la liberté de création ! », *comm. comm. électr.*, n°12, décembre 2007, comm. 149

²⁶⁹⁷ Le terme « docu-fiction » a notamment été employé par le TGI de Nancy, ch. 9, ord. Réf., 3 octobre 2006, JurisData n° 2006-323099. Ces fictions sont également appelées « fiction identifiante » : N. MALLET-POUJOL, « De la biographie à la création littéraire au risque des droits de la personne », *Légicom* 2001/1, n° 24, p. 107 et suiv., « docu-drama » pour les téléfilms sur un fait divers non encore jugé : P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^e éd., 2012, n° 441, p. 448, « fiction du réel » : A. FOURLON, « Toute ressemblance avec des personnages existant ou ayant existés... » est-elle constitutive d'une atteinte aux droits de la personnalité ? Etude de la jurisprudence rendue en matière de fictions du réel », *Comm. comm. électr.*, n°3, mars 2007, étude 5

²⁶⁹⁸ A. LUCAS-SCHLOETTER, « nature du droit d'auteur », *jurisclasseur propriété littéraire et artistique*, fasc. 1118, 2009, n°24 ; CA Aix en Provence, 1^{re} ch. C, 24 octobre 2006, TGI Nancy, 9^e ch., réf. 3 octobre 2006, com. C.-E. RENAULT, « Le contrôle des fictions du réel par le juge des référés : un impossible processus ? », *Légipresse*, 2007, n°238, III, p. 23



582. L'évolution. La liberté des créateurs d'œuvres inspirées de faits divers a évolué²⁶⁹⁹. Si la jurisprudence ancienne faisait primer la vie privée sur la liberté de création (au XIXe siècle), à partir de 1970, les tribunaux protègent les droits de la personnalité²⁷⁰⁰. Dans les années 1990, les faits relevant *a priori* la vie privée, précédemment divulgués peuvent être réutilisés²⁷⁰¹. Puis, en 2000, les juges ont estimé que pour limiter la liberté de création, il fallait démontrer que l'écrivain avait eu l'intention de nuire²⁷⁰². La jurisprudence n'est cependant pas fixe. On peut néanmoins constater que les solutions apportées lorsque la liberté de création est confrontée aux droits de la personnalité vont dans le sens du « *libéralisme* », la liberté de création prévalant aujourd'hui sur les droits de la personnalité des tiers²⁷⁰³.

583. Ces docu-fictions font parfois l'objet d'un contrôle *a priori*, c'est-à-dire avant la diffusion de l'œuvre (1), la liberté de leurs auteurs est cependant plus limitée par les juges *a posteriori* (2).

1. Le contrôle restreint avant diffusion

584. Solution actuelle. Un contrôle limité en référé. Désormais, la liberté de création prime, puisque le titulaire du droit de la personnalité doit prouver qu'il a subi un préjudice²⁷⁰⁴.

Par principe, ces fictions inspirées de faits « *publiquement relatés notamment dans le cadre d'affaires judiciaires* » ne font pas l'objet d'un contrôle *a priori* »²⁷⁰⁵. La cour d'appel de Paris a affirmé la primauté de la liberté de création, à travers la liberté d'expression, et de la liberté de l'information à propos d'une émission relatant un fait divers, l'instruction étant en cours. Le contrôle exercé par les juges en référés, pour faire interdire la diffusion de

²⁶⁹⁹ A. LUCAS-SCHLOETTER, « Nature du droit d'auteur », *jurisclasseur propriété littéraire et artistique*, fasc. 1118, 2009, n°20 et suiv.

²⁷⁰⁰ TGI Paris, réf. 6 décembre 1979 RUBELLIN-DEVICHI, *RTD civ.* 1983, p. 121

²⁷⁰¹ H. LECLERC, « Les docu-fictions : le respect de la vie privée et la liberté de création », *Légicom*, n° 48, 2012/1, p. 105 et suiv.. L'auteur cite cass. 1^{re} civ., 20 novembre 1990 (p. 106).

²⁷⁰² Affaire Turquin, CA Paris, 13 septembre 2000, M.-L. RASSAT, Ch. CARON, « Une personne en instance de jugement pénal ne peut obtenir en référé la communication du manuscrit d'un roman présenté comme inspiré de son histoire », *Dalloz* 2001, p. 24 ; A. LEPAGE, « Droit à l'oubli : une jurisprudence tâtonnante », *Dalloz* 2001, p. 2079

²⁷⁰³ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2012, 8^e éd., n° 443, note 2, p. 451, l'auteur a fait le même constat à propos des œuvres créées à partir de « figures de l'histoire » (n° 443, p. 450).

²⁷⁰⁴ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 8^e éd., 2012, n° 441, p. 448 : sur l'articulation entre le droit subjectif de la personnalité et le droit d'auteur. Voir J. RUBELLIN-DEVICHI, *RTD civ.* 1983, p. 121 ; B. EDELMAN, note sous TGI Paris, 30 juin 1971, *Dalloz* 1971, p. 978 ; R. L., note sous TGI Grasse, 22 mai 1974, *Dalloz* 1974, p. 571 ; P. FREMOND, note sous CA Versailles, 31 janvier 1991, *Gazette du palais* 1992, 2, p. 534 (pour une caricature)

²⁷⁰⁵ A. FOURLON, « « Toute ressemblance avec des personnages existant ou ayant existés... » est-elle constitutive d'une atteinte aux droits de la personnalité ? Etude de la jurisprudence rendue en matière de fictions du réel », *Comm. comm. électr.*, n°3, mars 2007, étude 5, n°3

l'émission en cause, « doit être limité(...) aux seuls cas où le péril est suffisamment constitué et manifeste au regard des droits d'une personne pour ... autoriser qu'il soit, à titre provisoire, porté atteinte à la liberté reconnue aux organes de presse de publier et de transmettre les informations ou les idées »²⁷⁰⁶.

585. Restrictions à la liberté de création. Un tel contrôle a cependant pu être exercé. Une ordonnance de référé rendue par le TGI d'Aix-en-Provence le 24 octobre 2006²⁷⁰⁷ a condamné la société de production à « remettre [à la famille de la victime dans l'affaire relatée] le texte du scénario du film correspondant à sa copie standard dans un délai qui ne saurait être inférieur à quatre mois avant sa diffusion, sous astreinte... ». Cette solution n'est cependant pas celle qui domine. Elle est de plus très attentatoire à la liberté de création. L'affaire en cause, l'affaire Ranucci, avait déjà été rendue publique et largement commentée. Les juges ont souligné que « la communication du scénario du téléfilm avant la divulgation, ... porterait atteinte aux principes de la liberté de création et d'expression dont la restriction a priori ne peut intervenir que dans des circonstances exceptionnelles », les demandeurs devant pour cela « établir que l'œuvre audiovisuelle en cause constitue un risque d'atteinte grave à l'intimité de leur vie privée qui ne serait pas susceptible d'être réparée par des dommages intérêts en cas d'abus »²⁷⁰⁸. L'atteinte à la liberté de création peut comprendre la coupe de certaines scènes de films, attentatoire à la vie privée. Par exemple, dans l'affaire Mesrine, les scènes évoquant la maîtresse du « bandit » ont été supprimées²⁷⁰⁹. Cependant, la plupart du temps, les tribunaux ne recourent pas à cette restriction à la liberté de création²⁷¹⁰.

586. Le contrôle en référé limité à la constatation d'un péril. Plus généralement, la liberté de création ne peut être limitée que lorsqu'il y a un péril. Le TGI de Nancy a rendu une ordonnance de référé à propos d'une affaire similaire, la fiction ayant pour sujet l'affaire Gregory. Le TGI de Nancy a rejeté la mesure sollicitée « d'interdiction de diffusion de film pendant une période de trois mois à titre préventif » dans la mesure où un « contrôle préalable des publications ... [doit] être limité au seul cas où le péril est suffisamment

²⁷⁰⁶ CA Paris, 1^{re} ch., section C, 26 février 1992 : à propos de la diffusion de l'émission « l'affaire Touvier », qui devait être diffusée sur Antenne 2.

²⁷⁰⁷ L'ordonnance de référé du TGI d'Aix en Provence du 10 janvier 2006, n° 05/1733 a été infirmée par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence le 24 octobre 2006

²⁷⁰⁸ Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 24 octobre 2006 ; cette solution selon laquelle l'atteinte ne peut « être envisagée que dans un cas d'extrême gravité tel que l'atteinte » ne peut être réparée convenablement par des dommages et intérêts est issue d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 septembre 1999.

²⁷⁰⁹ Cass. 1^{re} civ., 13 février 1985, *Dalloz* 1985, , jurispr. p. 488, note B. EDELMAN.

²⁷¹⁰ A propos de la maîtresse de Landru : CA Paris, 15 mars 1967, *JCP* 1967, II, 15107 ; plus récemment : TGI Paris, 17^e ch., 9 décembre 2002, comm. Ch. CARON, « A propos du conflit entre les œuvres de fiction et la vie privée », *Dalloz* 2003, n° 26, jurisprudence p. 1715



constitué et manifeste au regard des droits d'une personne pour caractériser un abus dans la liberté d'expression ». En l'espèce, la remise du scénario constituait « une mesure d'ingérence sur la liberté de création des auteurs qui leur est constitutionnellement garantie »²⁷¹¹.

Restreindre la liberté de création *a priori* étant une mesure particulièrement grave, elle est limitée. L'éventuelle atteinte à la vie privée fait l'objet d'un contrôle *a posteriori* plus stricte (2).

2. Le contrôle *a posteriori*

587. La liberté prévaut lorsque les faits sont publics. *A priori*, la liberté de création prime, la vie privée n'est pas invocable lorsque les faits sont publics, c'est-à-dire qu'ils ont été livrés « à la connaissance du public par des comptes rendus de débats judiciaires, parus dans la presse locale »²⁷¹².

588. Le moment du contrôle. Un contrôle peut être effectué *a posteriori*, les juges précisant, dans l'affaire Gregory, qu'il « appartient [aux auteurs] cependant *a posteriori* de répondre des abus de cette liberté [la liberté de création] »²⁷¹³.

589. L'obligation de prudence de l'écrivain, limite à la liberté de création. Ce qui a pu poser problème dans ces fictions, c'est que, inspirées de faits divers, elles comportent néanmoins une part de fiction. Or, la fiction s'oppose *a priori* au réel²⁷¹⁴. On peut dès lors se demander si la liberté de création doit être restreinte, dans la mesure où ces fictions pourraient être considérées comme vraies, ou si leurs auteurs doivent bénéficier d'une large liberté de création.

La solution apportée est semble-t-il protectrice des intérêts des tiers. En effet, la liberté du créateur est limitée, dans la mesure où ces fictions peuvent être attentatoires aux droits des personnes concernées ou à ceux de leur famille. Une de ces fictions, le film diffusé par Antenne 2, était une adaptation d'un roman basé sur un fait divers, l'histoire d'une adolescente morte de mort violente. Les juges avaient limité la liberté de création, en estimant qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait diffamation ou atteinte à la vie privée pour constater et

²⁷¹¹ TGI de Nancy, ch. 9, ord. Réf., 3 octobre 2006, JurisData n° 2006-323099 ; voir CA Paris, 14^e ch. B, 2 février 2006, *Légipresse*, n°230, avril 2006, I, p. 52-53, n° 230-23 ; cass. 1^{re} civ. 7 février 2006, *Légipresse* n°230, avril 2006, I, p. 54, 230-27

²⁷¹² Cass. 1^{re} civ. 20 novembre 1990, n°89-12580, JurisData n°1990-002991, comm. J. RAVANAS, *JCP G* 1992, II, 21908

²⁷¹³ TGI de Nancy, ch. 9, ord. Réf., 3 octobre 2006, JurisData n° 2006-323099

²⁷¹⁴ Sur la notion de « fiction », comme critère : A. TRICOIRE, *Petit traité de la liberté de création*, éd. La découverte, 2011, p. 156 et suiv.



condamner le préjudice causé par l'œuvre à des tiers. En l'espèce, ce qui a heurté la sensibilité des parents était la référence à l'homosexualité de la jeune fille. En 1986, les juges de la deuxième chambre civile de la cour de cassation ont affirmé que le diffuseur de l'œuvre a une « *obligation de prudence afin d'éviter tout ce qui pouvait blesser les époux Dewevre dans leur sensibilité* »²⁷¹⁵, rejetant ainsi l'idée que la liberté de création devait permettre de ne pas tenir compte de « *considérations relevant de la délicatesse morale des sentiments des parents* » lorsque la fiction est basée sur des personnages réels et reconnaissables.

L'obligation de prudence est due à l'utilisation de faits réels, elle limite à la liberté de création. Pour les tribunaux, la prudence doit être particulière dans la mesure où l'auteur, en relatant des faits réels, fait un travail d'historien²⁷¹⁶. Les juges ont affirmé notamment dans un arrêt du 24 janvier 1996, que ce n'est pas la véracité des faits qui est contestée mais l'attitude de celui qui les relate. Selon les juges de la cour de cassation, « *commet une faute l'auteur d'un ouvrage, surtout s'il prétend faire œuvre d'historien, qui rapporte un propos présenté expressément comme indirect et d'origine inconnue, qui n'a aucune utilité par rapport à l'objet même de l'ouvrage et qui présente une épouse comme tenant des propos désobligeants à l'égard de son mari qui devait mourir trois semaines plus tard, officiellement par suicide, insinuant ainsi qu'elle aurait pu pour partie être la cause de son décès tragique* »²⁷¹⁷. Il semble que ce qui a conduit à limiter la liberté de création est la nuisance à l'égard des personnes, sujets de l'ouvrage.

D'une manière générale, « *la liberté de création de [l'auteur, écrivain ou cinéaste] a pour contrepartie une obligation de prudence qui doit notamment se traduire (...) par la nécessité d'éviter de choquer inutilement les parents* » de la personne disparue²⁷¹⁸.

590. L'étendue de l'obligation de prudence. Cette obligation de prudence vaut à la fois pour les livres relatant des affaires judiciaires connues et prétendant être une analyse de l'affaire, et aussi pour ceux qui sont présentées comme des fictions inspirées de faits réels. Les juges ont fait prévaloir l'atteinte à la vie privée sur la liberté de création à propos d'un roman car l'auteur avait inventé certains aspects de la vie des personnages qui étaient

²⁷¹⁵ Cass. 2^e civ., 12 mai 1986, bull. civ. 1986, II, n°80, p. 54

²⁷¹⁶ Cass. 2^e civ., 24 janvier 1996, G. VINEY, « Responsabilité civile », *JCP G*, n° 50, 11 Décembre 1996, I 3985, n°2 à 4 ; J. RAVANAS, « Liberté de la presse et responsabilité civile : l'utilisation d'une hiérarchie des normes en conflit », *Dalloz*, 1997, p. 268

²⁷¹⁷ *Ibid.*

²⁷¹⁸ TGI Paris, ch.1, section 1, 17 décembre 1986, JurisData n°1986-046182



reconnaissables. L'un d'eux, présentée comme une ancienne prostituée, s'est reconnu dans le roman, dans lequel le nom du village, ainsi que les noms des personnages avaient été faiblement modifiés. La Cour de cassation a condamné l'auteur, estimant qu'un amalgame pouvait être fait entre le personnage du roman et l'intéressée. Elle affirme donc qu'une « œuvre de fiction, appuyée en l'occurrence sur des faits réels, si elle utilise des éléments de l'existence d'autrui, ne peut leur en adjoindre d'autres qui, fussent-ils imaginaires, portent atteinte au respect dû à sa vie privée »²⁷¹⁹.

591. Le recours à la liberté de création par l'auteur. La liberté de création de l'auteur avait été invoquée par ce dernier et son éditeur, distinguant ainsi la particularité de la liberté reconnue à un créateur, de la liberté d'expression. L'auteur a en effet soutenu que « la narration d'un événement purement fictif, intervenant dans la vie de l'un des personnages imaginaires d'une œuvre de fiction qui, tout en étant inspiré d'un fait réel, n'a aucunement vocation à passer pour vraie, ressortit à la liberté de création de l'auteur et ne saurait être constitutive d'une atteinte à la vie privée de la personne qui croit pouvoir s'identifier au personnage »²⁷²⁰. Cela représente une « menace de la liberté de création du romancier », dans la mesure où cela pourrait priver les auteurs de leur source d'inspiration. En l'occurrence, les juges du fond ont estimé que la personne était reconnaissable et ordonné la suppression des « quatre passages comportant les imputations énoncées »²⁷²¹. Les juges de la cour de cassation ont affirmé que « attendu que les abus de la liberté d'expression qui portent atteinte à la vie privée peuvent être réparés sur le fondement de l'article 9 du Code civil ; qu'après avoir souverainement relevé l'amalgame auquel conduisait nécessairement les divers points de similitudes, dûment rapportés, entre le personnage du roman et l'intéressée, la cour d'appel a exactement retenu qu'une œuvre de fiction, appuyée en l'occurrence sur des faits réels, si elle utilise des éléments de l'existence d'autrui, ne peut leur en adjoindre d'autres qui, fussent-ils imaginaires, portent atteinte au respect dû à sa vie privée »²⁷²².

Il est donc important que les personnages soient « aisément reconnaissables sous leur déguisement littéraire » pour que la liberté de création soit limitée par l'article 9 du code

²⁷¹⁹ Cass. 1^{re} civ., 7 février 2006, « Fondement légal de la réparation de l'abus de la liberté d'expression portant atteinte à la vie privée », *Dalloz* 2006, IR, p.615 ; J. HAUSER, « Vie privée et liberté de création : quand la fiction rejoint la réalité ! », *RTD civ.*, 2006, p. 279 ; *Dalloz* 2006, IR, p. 605 ; G. LOISEAU, « Une œuvre de fiction utilisant des éléments de l'existence d'autrui, ne peut en adjoindre d'autres qui, fussent-ils imaginaires, portent atteinte au respect dû à sa vie privée », *JCP G*, 2006, II, 10041 ; J. SAINTE-ROSE, note sous arrêt, *gazette du palais*, 11 juin 2006, n°162, p. 6

²⁷²⁰ Cass. 1^{re} civ., 7 février 2006, bull. 2006 I n° 59 p. 59

²⁷²¹ CA Rennes, 12 décembre 2003, cité par cass. 1^{re} civ., 7 février 2006

²⁷²² Cass. 1^{re} civ., 7 février 2006, bull. 2006 I n° 59 p. 59



civil²⁷²³. De plus, le caractère anodin des faits imaginés devrait conduire à faire prévaloir la liberté de création²⁷²⁴.

592. Distinction entre liberté de création et droit à la l'information. Dans ce même arrêt du 7 février 2006, les juges ont estimé qu'il ne s'agissait pas d'un travail d'information du public, mais d'interprétation, l'auteur « *ajoute au réel* »²⁷²⁵.

La position des juges diffère suivant les affaires. Ainsi, l'auteur d'un roman s'inspirant de l'affaire Turquin n'a pas été condamné pour avoir mélangé fiction et réalité²⁷²⁶.

Les juges effectuent cependant une distinction entre le droit à l'information et la liberté de création des auteurs d'œuvres de fiction. Ils ont affirmé, à propos d'un feuilleton estival publié dans un journal que : « *le respect de la vie privée s'imposait avec davantage de force à l'auteur d'une œuvre romanesque qu'à un journaliste remplissant sa mission d'information, que l'urgence liée à la parution imminente des articles à venir l'autorisait à prendre toute mesure pour éviter que ne se reproduise l'atteinte à l'intimité des plaignants* »²⁷²⁷. Cela est contestable, dans la mesure où la fiction est en général identifiée comme telle, seule une atteinte grave devrait constituer une limite à la liberté de création.

Il est difficile d'admettre qu'une fiction soit moins protégée qu'un autre genre d'œuvre. Cette sévérité accrue à l'égard de l'auteur d'une œuvre de fiction est condamnable. La recherche de ce qui constitue une atteinte condamnable ou non semble préférable.

593. L'atteinte à la dignité, limite à la liberté de création. De plus, dans une fiction, sous-entendre que ce qui est écrit est vrai engage la responsabilité de l'auteur, même si une mention précise qu'il s'agit d'un roman. Ainsi, l'auteur qui a donné sa version de l'affaire Villemin dans un livre *L'enfant d'octobre* a été condamné pour atteinte à la vie privée et

²⁷²³ G. LOISEAU, « Une œuvre de fiction utilisant des éléments de l'existence d'autrui, ne peut en adjoindre d'autres qui, fussent-ils imaginaires, portent atteinte au respect dû à sa vie privée », *JCP G*, 2006, II, 10041 ; Ch. CARON, « A propos du conflit entre les œuvres de fiction et la vie privée », *Dalloz*, 2003, p. 1715. L'auteur préconise de demander des autorisations aux personnes concernées à défaut de maquiller suffisamment les personnages.

²⁷²⁴ G. LOISEAU, *op. cit.*

²⁷²⁵ A. TRICOIRE, *Petit traité de la liberté de création*, éd. La découverte, 2011, p. 222

²⁷²⁶ TGI Paris, 9 décembre 2002, com. Ch. CARON, « A propos du conflit entre les œuvres de fiction et la vie privée », *Dalloz*, 2003, p. 1715

²⁷²⁷ Cass. 1^{re} civ., 9 juillet 2003, comm. J. RAVANAS, « Liberté de l'information et droit de chacun au respect de sa vie privée : la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime est à privilégier », *JCP G* 10 n° 37, 10 Septembre 2003, II 10139



diffamation²⁷²⁸. La mention sur la couverture du roman précisait qu'il « *est à l'évidence inspiré de faits réels connus de chacun depuis plus de vingt ans. Toutefois la reconstitution romanesque effectuée par l'auteur doit mener à prêter à certains protagonistes des propos fruits de son imagination* »²⁷²⁹. Malgré tout, le fait pour l'auteur de narrer à la première personne du singulier a été considéré comme diffamatoire. La position de l'auteur est qu'il commente la réalité, qu'il s'agit de son analyse, et qu'il participe au débat d'intérêt général²⁷³⁰. Cependant, les juges ont estimé que l'auteur n'avait pas le droit d'inventer les sentiments et émotions des époux Villemin. Le préjudice est constitué par l'invention vécue comme fausse par les époux Villemin²⁷³¹ et ce d'autant plus que l'auteur a fait croire que sa version était vraie, il rend ainsi « *confuse la distinction entre le réel et la fiction* »²⁷³². Suggérer que la mère ait pu tuer son enfant est ici d'autant plus grave que le crime n'a pas été élucidé, même si celle-ci a été innocentée. A. TRICOIRE estime que « *la position de l'auteur n'est ni celle du romancier qui imagine ni celle du journaliste ou de l'historien qui relatent les faits et les analysent* »²⁷³³. A. TRICOIRE ne pense en revanche pas que l'atteinte à la vie privée soit le bon fondement. En effet, cela ne permet pas de remettre en cause ce qu'a affirmé l'auteur du roman, et au contraire tendrait à le faire passer pour vrai. Il s'agit plus vraisemblablement d'une « *atteinte au nom et à la dignité* »²⁷³⁴.

La personnalité est également constituée par l'image. Cependant, la valeur patrimoniale de celle-ci peut également être à l'origine des conflits entre le créateur de l'image et la personne photographiée. Qu'il s'agisse de la dimension patrimoniale ou extrapatrimoniale du droit à l'image, lorsque la personne concernée n'a pas donné son autorisation²⁷³⁵, son droit à l'image

²⁷²⁸ Voir CA Paris, 1^{re} ch., section B, 18 décembre 2008, com. A. TRICOIRE, « L'enfant d'octobre, « roman », face à son « sujet », les époux Villemin », *Légipresse*, n°261, mai 2009, III, p. 83 (TGI Paris, 17^e ch. 17 septembre 2007)). Affaire Villemin, CA Paris, 11 juin 1986, *JCP* 1987, II, 20754, obs. P. AUVRET

²⁷²⁹ Cité par A. TRICOIRE, *Petit traité de la liberté de création*, éd. La découverte, 2011, p. 224

²⁷³⁰ A. TRICOIRE, *Petit traité de la liberté de création*, éd. La découverte, 2011, p. 226

²⁷³¹ A. TRICOIRE, *op. cit.*, p. 229

²⁷³² *Ibid.*

²⁷³³ A. TRICOIRE, *Petit traité de la liberté de création*, éd. La découverte, 2011, p. 226

²⁷³⁴ A. TRICOIRE, *op. cit.* p. 230

²⁷³⁵ Voir pour les différentes autorisations qui doivent être sollicitées : Ch. GEIGER, « Liberté de l'image et droit d'auteur », *Légicom*, n°34, 2005/2, p. 65 et suiv., spéc., p. 69, note 24. De plus, l'auteur d'un spectacle public a un « *droit absolu d'autoriser ou de refuser la reproduction ou la représentation de son œuvre* ». Cependant, lorsqu'il s'agit d'un « *événement, ou lorsqu'un monument tient lieu d'événement, les droits d'auteur s'effacent, totalement ou partiellement. On a alors le sentiment d'une sorte d'exceptio historiae : le public reconquiert sa rue, son pavé, et la collectivité son empire* » : B. EDELMAN, « La rue et le droit d'auteur », *Dalloz*, 1992, chron., p. 91 et suiv.. Ch. GEIGER, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », *RIDE*, 2006/4, p. 398 : De plus, ces autorisations peuvent être refusées et donc entraîner un blocage.



est atteint par la création. L'image peut être considérée comme une création protégeable par le droit d'auteur. Cela n'est pas systématique. La liberté de création peut néanmoins être confrontée au droit à l'image lorsqu'il y a création (§ 2).

§ 2 : La liberté de création confrontée au droit à l'image des personnes.

594. Le droit à l'image tel qu'il est confronté à la liberté de création n'est qu'une partie du droit à l'image. En effet, toute image n'est pas considérée comme une création protégeable par le droit d'auteur. Il s'agit donc tout d'abord de délimiter cette notion (A) avant d'envisager l'équilibre entre droit à l'image et liberté de création (B).

A) Délimitation de l'image, œuvre de l'esprit

595. L'image peut être une création, elle doit être définie (1). Nous envisagerons ensuite la protection de l'image qui est confrontée à la liberté de création (2).

1. Définition de l'image, création protégeable

596. Définition non juridique. Qu'est-ce qu'une image ? Il ne s'agit pas d'un terme juridique²⁷³⁶. Il peut s'agir notamment d'une peinture ou d'une photographie. L'image est la « *représentation d'un être ou d'une chose par les arts graphiques ou plastiques, la photographie, le film, etc.* »²⁷³⁷.

597. La protection de l'image par le droit d'auteur. Toutes les images ne sont pas automatiquement considérées comme des créations protégeables²⁷³⁸. En effet, une photographie, pour être qualifiée d'œuvre de l'esprit doit être originale²⁷³⁹. Or la distinction

²⁷³⁶ Ch. GEIGER, « Liberté de l'image et droit d'auteur », *Légicom*, n°34, 2005/2, p. 65 et suiv., spéc., note 7

²⁷³⁷ C'est par exemple la définition donnée par le Petit Larousse, 2005

²⁷³⁸ A. LATREILLE, « L'appropriation des photographies d'œuvres d'art : éléments d'une réflexion sur un objet de droit d'auteur », *Dalloz*, 2002, p. 299 et suiv. Ainsi, à propos d'une photographie aérienne, les juges ont estimé que les photographies, prises par un appareil automatiquement, toujours sous le même angle de vue... ne peuvent être des œuvres originales. Les juges ont également souligné que la démarche avait été la même que s'il s'était agi de photographier une œuvre d'art, c'est-à-dire reproduire le plus exactement possible le sujet, sans « *laisser aucune émotion personnelle perc[er]* ». Il s'agit là d'un « *travail d'un excellent technicien* » et ce travail « *aurait pu être effectué par un autre technicien placé dans les mêmes conditions* » : TGI Paris, ch. 3, 1^{re} section, 6 octobre 2009, comm. Ch. CARON, « Les photographies aériennes sont-elles protégeables ? », *Comm. Comm. électr.*, n° 5, Mai 2010, comm. 45

²⁷³⁹ Cette condition est issue de la loi du 3 juillet 1985. « *Sous l'empire de la loi du 11 mars 1957, la photographie devait être artistique ou documentaire* », cette condition étant difficile à mettre en œuvre, elle a été supprimée. Certaines œuvres non originales ont bénéficié de la protection par le droit d'auteur, parce qu'elle avait un aspect documentaire : Ch. CARON, note sous TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} section, 6 octobre 2009, « Les photographies aériennes sont-elles protégeables ? », *Comm. Comm. électr.*, n° 5, Mai 2010, comm. 45. L'auteur donne notamment comme exemples la photographie d'une personnalité en train de voter, (Cass. crim., 7 déc.



entre la photographie, création artistique, et celle qui ne l'est pas est particulièrement délicate²⁷⁴⁰. Elle soulève également la question de l'octroi du droit en fonction de la destination. Ce problème avait été posé par la loi de 1957, qui octroyait la protection par le droit d'auteur à des œuvres photographiques « *de caractère artistique ou documentaire* ». Or protéger une photographie, parce qu'elle a un caractère documentaire, entraîne, pour certains, une protection de l'idée et non de la forme, c'est l'information qui est protégée²⁷⁴¹. En droit d'auteur, le degré d'originalité exigé est très faible pour les photographies, puisque le plus souvent elle est déduite des choix effectués, de cadrage ou de lumière²⁷⁴², par le photographe²⁷⁴³. La large ouverture à la protection est critiquée par certains auteurs, qui estiment que cela est « *dommageable au regard de la cohérence et de la philosophie du droit d'auteur* »²⁷⁴⁴. Il existe en effet plusieurs types de photographies, certaines sont effectivement des créations protégeables, d'autres doivent être considérées comme de simples « *outils de reproduction* »²⁷⁴⁵. Par exemple, la reproduction de création peut être considérée comme de la copie²⁷⁴⁶, dont l'intérêt est de reproduire la création originale le plus fidèlement possible. Dans ce dernier cas, le travail du photographe se rapproche du savoir-faire²⁷⁴⁷. Ainsi, la première chambre civile de la cour de cassation a estimé « *qu'ayant relevé que la photographie revendiquée ne révélait, dans les différents éléments qui la composent, aucune recherche esthétique et qu'elle constituait une simple prestation de services techniques ne traduisant qu'un savoir-faire, la cour d'appel, [...] en a déduit que la photographie litigieuse*

1961, *Dalloz* 1962, jurispr. p. 550, note H. Desbois. (Ici l'article 3 de la loi de 1957 s'appliquait) ; la photographie d'une... soucoupe volante (!) qui accompagne un article de presse, (Cass. 1^{re} civ., 6 mars 1959 : *Dalloz* 1959, jurispr. p. 221, note G. Holleaux).

²⁷⁴⁰ Ch. BIGOT, « La liberté de création prévaut, dans certaines limites sur le droit à l'image », *Dalloz*, 2009, p. 470 : Elle peut même avoir « *quelque chose de vertigineux sur le plan intellectuel* ».

²⁷⁴¹ Cass. crim., 7 déc. 1961, *Dalloz* 1962, jurispr. p. 550, note H. DESBOIS, la cour a affirmé que la preuve de « *l'effort et le travail personnel* » de l'auteur « *susceptible de les individualiser* » n'était pas nécessaire dans la mesure où la photographie avait un caractère documentaire. La protection serait alors accordée trop largement. Ne pas prendre en compte la valeur artistique, si elle est conforme avec l'idée de ne pas prendre en compte le mérite de l'œuvre, n'est pas applicable ici, pour H. DESBOIS. Ce dernier estime en effet qu'une exception doit être faite.

²⁷⁴² A. LATREILLE, « L'appropriation des photographies d'œuvres d'art : éléments d'une réflexion sur un objet de droit d'auteur », *Dalloz*, 2002, p. 299 et suiv.

²⁷⁴³ C. BERNAULT, J.-P. CLAVIER, *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, éd. Ellipses, 2008, œuvre photographique, p. 305. Voir par exemple CA Paris, 4^e ch. B, 24 juin 2005, comm. Ch. CARON, *comm. électr.*, 2005, comm. n° 131. Il faut toutefois préciser que la photographie d'un tableau peut être originale : CA Paris, 4^e ch. B, 27 janv. 2006, SARL Éditions Arfise c/ SARL Descharnes, *Juris-Data* n° 2006-292630, com. Ch. CARON, « Droit d'auteur : les photographies de tableaux sont protégées ! », *comm. comm. électr.*, n° 4, avril 2006, comm. 60

²⁷⁴⁴ A. LATREILLE, « L'appropriation des photographies d'œuvres d'art : éléments d'une réflexion sur un objet de droit d'auteur », *Dalloz*, 2002, p. 299 et suiv.

²⁷⁴⁵ Article 5, 2. a) de la directive du 22 mai 2001, n°2001-29 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, A. LATREILLE, *op. cit.*

²⁷⁴⁶ Copie « servile » pour A. LATREILLE : A. LATREILLE, *op. cit.*

²⁷⁴⁷ A. LATREILLE, « L'appropriation des photographies d'œuvres d'art : éléments d'une réflexion sur un objet de droit d'auteur », *Dalloz*, 2002, p. 299 et suiv.



n'était pas une œuvre de l'esprit »²⁷⁴⁸. Cette position est confirmée par la CJUE, les juges européens ont en effet affirmé que la juridiction nationale devait vérifier au cas par cas si la photographie était « *une création intellectuelle de l'auteur reflétant la personnalité de ce dernier et se manifestant par les choix libres et créatifs de celui-ci lors de la réalisation de cette photographie* »²⁷⁴⁹. Une telle approche se référant à la liberté est objective, elle permet de mieux appréhender ce que peut être une création protégeable lorsque l'originalité est difficile à percevoir.

598. L'image comme outil d'information. L'image peut aussi avoir « *principalement pour objet d'apporter une information* »²⁷⁵⁰. Dans certains cas, cet aspect prime sur la création. Ce n'est pas pour autant que la liberté de création ne doit pas exister. Création et information ne s'excluent pas²⁷⁵¹. L'image peut être un élément illustrant une information. L'utilisation détournée²⁷⁵² de celle-ci peut être fautive. Ce n'est alors pas l'image seule mais le texte associé à celle-ci qui porte atteinte à l'image des personnes dans certains cas. Par le biais d'une légende, l'utilisateur de la photographie est susceptible de porter atteinte à l'image de la personne.²⁷⁵³

En revanche, l'illustration par une image « *sur des sujets d'intérêt général ou dans un but pédagogique* » ne nécessite pas de recueillir le consentement de la personne photographiée, si l'image n'est pas dénaturée et si la dignité de la personne représentée est respectée²⁷⁵⁴. Toutes les images ne sont cependant pas considérées comme des créations. La liberté de

²⁷⁴⁸ Cass. 1^{re} civ., 20 octobre 2011, n°10-21251 : à propos de la photographie d'une assiette safran dans laquelle se trouvaient deux galinettes, disposées en arc de cercle, sur fond noir.

²⁷⁴⁹ CJUE, 3^e ch., 1^{er} décembre 2011, point 94 com. J. ANTIPPAS, « Liberté, créativité, égalité, devise de la cour de justice de l'UE en matière d'œuvres intellectuelles ? », *Légipresse*, n°292, mars 2012, p. 161 et suiv.

²⁷⁵⁰ Ch. GEIGER, « Liberté de l'image et droit d'auteur », *Légicom*, n°34, 2005/2, p. 65 et suiv., spéc., p. 67.

Voir également : (à distinguer de) : M. VIVANT, « A propos des « biens informationnels » », *JCP* 1984, I, 3132 qui estime que le créateur apporte toujours une « information », « *celle-ci est traitée comme un bien et devient objet de droit* ». Contrairement à cette notion d'information, comme objet de droit, l'information est ici entendue comme une idée librement utilisable ; Ch. BIGOT distingue les informations *stricto sensu* des créations artistiques : Ch. BIGOT, « La liberté de création prévaut, dans certaines limites sur le droit à l'image », *Dalloz*, 2009, p. 470

²⁷⁵¹ Ch. GEIGER, « Liberté de l'image et droit d'auteur », *Légicom*, n°34, 2005/2, p. 65 et suiv., spéc., p. 67, également au *Légipresse*, n°223, juillet/août 2005, II, p. 84 et suiv.

²⁷⁵² J.-P. LEVY, « La responsabilité des agences », in *L'image menacée, Actes du Forum Légipresse du 4 octobre 2001*, Maison du barreau de Paris, Victoires éd., 2002, p. 41 et suiv., spéc. p. 44

²⁷⁵³ J.-P. LEVY, *op. cit.* p. 44-45. L'auteur cite notamment comme exemple le cas d'un médecin dont la photographie a été vendue avec une le présentant comme chef de service, dans le cadre de son activité. Sa photographie a été réutilisée avec une légende présentant les médecins comme ayant des revenus extrêmement élevés.

²⁷⁵⁴ N. BONNAL, « Les conflits entre les droits de la personnalité et la liberté de création et d'illustration », *Légicom*, n°43, 2009/2, p. 23 et suiv.



l'information, distincte de la liberté de création²⁷⁵⁵, devra être alors invoquée. Elle présente la particularité, par rapport à la liberté de création de « *servir une illustration pertinente* »²⁷⁵⁶. Elle est donc plus restreinte lorsqu'elle est confrontée au respect de la vie privée que la liberté de création. Liberté de création et liberté de l'information ne sont pas assimilables²⁷⁵⁷.

599. L'image protégée par la liberté de création. Pour Ch. BIGOT, la liberté de création, lorsqu'elle est confrontée au droit à l'image ne doit pas s'étendre à toute image protégeable par le droit d'auteur. Le droit d'auteur est en effet étendu à d'autres images que les créations artistiques. Il estime que « *ce serait lui donner une acception extensive qui va, à n'en pas douter, bien au-delà de la volonté des juridictions qui ont eu à statuer sur ces affaires* »²⁷⁵⁸. Il retient comme critère la démarche artistique du photographe, qui seule permettrait à son auteur de se prévaloir de la liberté de création. Cela pose le problème de l'indifférence du genre, de la forme d'expression, du mérite ou de la destination²⁷⁵⁹ en droit d'auteur. Il semblerait cependant qu'il faille envisager la liberté de création différemment selon les créations. C'est-à-dire que la liberté de création de l'artiste devrait être particulièrement étendue. Le droit à l'image ne doit donc pas freiner excessivement la liberté de création. Il ne peut être écarté systématiquement. En effet, la personne dont l'image est utilisée à des fins de création bénéficie également de droits sur cette image. Il est nécessaire d'envisager de quelle protection il s'agit (2).

2. Protection du droit à l'image

600. Le droit à l'image, droit autonome ? Le droit à l'image est un droit « *né dans le giron du droit au respect de la vie privée et de l'article 9 du code civil* »²⁷⁶⁰. Il s'agit d'un droit créé par les juges²⁷⁶¹, consacré par la cour de cassation²⁷⁶². Le droit à l'image des

²⁷⁵⁵ Ch. BIGOT, « La liberté de création prévaut, dans certaines limites sur le droit à l'image », *Dalloz*, 2009, p. 470. Liberté de création et liberté de l'information sont mêmes « *bien distinctes* » pour l'auteur.

²⁷⁵⁶ A. LEPAGE, V° « Droits de la personnalité », *rép. civ. Dalloz*, 2010, n° 362 : « *le droit à l'image ne s'incline devant la liberté d'information que dans des cas déterminés (actualité, débat d'intérêt général...) et dans la mesure où les images servent une illustration pertinente* ».

²⁷⁵⁷ Ch. BIGOT, « La liberté de création prévaut, dans certaines limites sur le droit à l'image », *Dalloz*, 2009, p. 470.

²⁷⁵⁸ *Ibid.*

²⁷⁵⁹ Art. L. 112-1 CPI : « *Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination* ».

²⁷⁶⁰ J.-M. BRUGUIERE et B. GLEIZE, « Propriété intellectuelle et droit à l'image », in *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, n°31, p. 409

²⁷⁶¹ T. civ. de la Seine, 16 juin 1858, *DP* 1858, 3^e partie, somm. p. 62 : reproduction d'une photographie représentant une personne célèbre sur son lit de mort : pour les juges « *nul ne peut, sans le consentement formel de la famille, reproduire et livrer à la publicité les traits d'une personne sur son lit de mort* ». S'opposer à la reproduction est pour la famille un « *droit absolu* ».



personnes²⁷⁶³ n'est cependant pas toujours considéré comme un droit autonome²⁷⁶⁴. En effet, certains auteurs estiment que le droit à l'image est une des composantes du droit au respect de la vie privée, reconnu par l'article 9 du code civil²⁷⁶⁵. Pour d'autres, le droit à l'image des personnes est un droit autonome, distinct du droit au respect de la vie privée²⁷⁶⁶. La cour de cassation a d'ailleurs affirmé l'indépendance du droit à l'image par rapport au droit au respect de la vie privée dans plusieurs arrêts²⁷⁶⁷.

601. La dualité du droit à l'image. Le droit à l'image a une nature à la fois extrapatrimoniale et patrimoniale²⁷⁶⁸, qui tend à le faire ressembler à un droit voisin²⁷⁶⁹. Il

²⁷⁶² Notamment : Cass. 2^e civ. 23 septembre 2004, obs. A. LEPAGE, « Ce qu'une star ne veut pas... », *comm. électr.*, mars 2005, comm. 49

²⁷⁶³ L'appellation la plus fréquente est « le droit à l'image », mais elle peut également être dénommée « droit sur l'image », « droit au respect de l'image » : A. LEPAGE, V^o « Droits de la personnalité », *Rép. Civ. Dalloz*, 2010, n^o 121

²⁷⁶⁴ Son existence même est remise en cause par certains auteurs : voir A. LEPAGE, V^o « Droits de la personnalité », *Rép. Civ. Dalloz*, 2010, n^o 124, qui cite par exemple J.-Ch. SAINT-PAU, note sous cass. 1^{re} civ., 16 juillet 1998, « L'article 9 du code civil : matrice des droits de la personnalité », *Dalloz*, 1999, p. 541 ; E. DREYER, « Image des personnes », *J.-Cl. Communication*, fasc. 3750, 2008, n^o 5. Pour une autonomie du droit à l'image : G. LOISEAU, note sous civ. 1^{re}, 13 janvier 1998, « Le droit à l'image et la caricature à l'épreuve du marché », *JCP G* 1998, II, 10082 ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF, 2006, n^o 327

²⁷⁶⁵ Voir J.-M. BRUGUIERE et B. GLEIZE, « Propriété intellectuelle et droit à l'image », in (sous la dir. de) M. VIVANT, *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, p. 410-411 qui citent J.-C. SAINT-PAU, note sous cass. 1^{re} civ., 16 juillet 1998, « L'article 9 du code civil : matrice des droits de la personnalité », *Dalloz* 1999, p. 541 : Pour cet auteur, la vie privée regroupe les informations relatives à l'identité, ce qui comprend son patrimoine et l'identité civile et physique (l'image par exemple), ainsi que les informations relatives à l'intimité physique et morales.

²⁷⁶⁶ J.-M. BRUGUIERE, « Dans la famille des droits de la personnalité, je voudrais ... », *Dalloz*, 2011, p. 28, n^o 12 ; A. LEPAGE, Droits de la personnalité, *rép. civ.*, 2010, n^o 136 à 140 ; Cass. 1^{re} civ., 10 mai 2005, bull. civ. I, n^o 206, comm. J. HAUSER, « Droit au respect de la vie privée et droit à l'image : vers un critère définitif ? », *RTD civ.*, 2005, p. 572 ; J. DALEAU, « Droit à l'image versus droit à l'information », *Dalloz*, 2005, p. 1380 ; A. LEPAGE, « Droits de la personnalité : panorama 2004-2005 », *Dalloz* 2005, p. 2643

²⁷⁶⁷ Cass. 1^{re} civ., 12 décembre 2000, J.-C. SAINT-PAU, « Les pouvoirs du juge des référés sur le fondement de l'article 9, alinéa 2, du code civil », *Dalloz* 2001, p. 2432 ; A. LEPAGE « Les beaux-jours du référé », *comm. électr.*, septembre 2001, comm. 94, 1^{re} esp. ; cass. 1^{re} civ. 10 mai 2005, bull. civ., I, n^o 206, « Droit à l'image versus droit à l'information », *Dalloz* 2005, IR p. 1380 ; A. LEPAGE, in A. LEPAGE et Ch. BIGOT « Droits de la personnalité: panorama 2004-2005 », *Dalloz* 2005, pan., p. 2643 et suiv., spec. p. 2644. (cités par A. Lepage, Droits de la personnalité, *rép. Civ.* 2010) ; contra : Voir par exemple TGI Paris, ord. réf., 29 oct. 2008, N. Sarkozy c/ SARL Tear Prod : JurisData n^o 2008-001800, comm. E. DERIEUX, « Poupée vaudou : liberté d'expression et de création et droit à l'image et à la dignité », *JCP G*, n^o 7, 11 Février 2009, II 10026 : « Qu'aux termes de l'article 8 de [convention EDH], comme des articles 9 et 16 du code civil, toute personne a droit au respect de sa vie privée, droit qui inclut le droit à la protection de son image ainsi qu'au respect de sa personne elle-même et de sa dignité ».

²⁷⁶⁸ Que certains comparent au modèle du droit d'auteur : M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, n^o 24 : il s'agit aujourd'hui d'un droit proche du modèle du droit d'auteur. voir par exemple dans ce sens : TGI Aix en Provence, 1^{re} ch., 24 novembre 1988, *JCP* 1989, II, 21329, obs. J. HENDERYCKSEN, TGI Lyon, 17 décembre 1980, *Dalloz* 1981, p. 202, D. AMSON et R. LINDON

²⁷⁶⁹ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, n^o 24 ; Ch. CARON, note sous CA Versailles, 12^e ch., 2^e section, 22 septembre 2005, Juris-Data n^o 2005-288693, « Un nouveau droit voisin est né : le droit patrimonial sur l'image », *comm. électr.*, n^o 1, janvier 2006, comm. 4



s'agit en effet d'un droit subjectif²⁷⁷⁰, car chaque individu a un monopole sur sa propre image, sa réalisation et sa diffusion²⁷⁷¹. Le droit à l'image a deux aspects. L'un est extrapatrimonial. La personne, sujet de l'image, peut estimer que l'utilisation de cette image porte atteinte à sa vie privée, à son honneur... C'est par cet aspect que le droit à l'image est considéré comme un droit subjectif, un droit de la personnalité²⁷⁷². L'autre aspect est patrimonial, il s'agit alors de réparer le manque à gagner²⁷⁷³. Pour certains, on peut même envisager cet aspect patrimonial comme étant un droit autonome²⁷⁷⁴, dans la mesure où il est possible d'établir des conventions ayant pour objet un élément de la personnalité, tel que son image, ou des informations relatives à la vie privée²⁷⁷⁵.

602. Evolution. L'aspect patrimonial est en forte progression²⁷⁷⁶. Cette évolution résulterait « *d'une forte commercialisation de l'image dans certaines professions* »²⁷⁷⁷. Il s'agit alors, pour la personne photographiée, de protéger un investissement par la maîtrise de l'exploitation de l'image²⁷⁷⁸, puisque celle-ci est appréhendée comme n'importe quelle marchandise²⁷⁷⁹. Pour B. OPETIT, cela traduit un « *affaiblissement des valeurs non marchandes* »²⁷⁸⁰.

²⁷⁷⁰ Le fait de reconnaître le droit à l'image comme un droit subjectif plutôt que d'utiliser la technique de la responsabilité civile, permet de dispenser la personne en cause « *de prouver autre chose que l'atteinte portée à ce monopole pour en obtenir la sanction en justice* » : E. GAILLARD, « La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français », *Dalloz*, 1984, chron., XXVI, p. 161

²⁷⁷¹ J.-M. BRUGUIERE et B. GLEIZE, « Propriété intellectuelle et droit à l'image », in (sous la dir. de) M. VIVANT, *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, p. 410 ; E. GAILLARD, « La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français », *Dalloz*, 1984, chron., XXVI, p. 161

²⁷⁷² Notamment dans certaines décisions jurisprudentielles : TGI Paris, 22 septembre 1999, *comm. comm. électr.*, mai 2000, comm. 59, p. 28 obs. A. LEPAGE (il faut néanmoins préciser que dans le même jugement, le tribunal affirme que les images ont causé un préjudice uniquement patrimonial à la starlette. Il y aurait donc un droit patrimonial à l'image) ; CA Toulouse, 5 septembre 2002, com. A. LEPAGE, « Nouvelle illustration d'un exercice mal inspiré de la liberté d'expression sur l'internet », *comm. comm. électr.*, janvier 2003, comm. 10 ; F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 5^e éd., 2000, n°350, p. 361 : il est présenté comme un droit attaché à la personne.

²⁷⁷³ J.-M. BRUGUIERE et B. GLEIZE, *op. cit.* p. 411

²⁷⁷⁴ J.-C. SAINT-PAU, note sous cass. 1^{re} civ., 16 juillet 1998, « L'article 9 du code civil : matrice des droits de la personnalité », *Dalloz*, 1999, p. 541

²⁷⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁷⁶ Ch. CARON, note sous CA Versailles, 12^e ch., 2^e section, 22 septembre 2005, *Juris-Data* n°2005-288693, « Un nouveau droit voisin est né : le droit patrimonial sur l'image », *comm. comm. électr.*, n° 1, janvier 2006, comm. 4.

²⁷⁷⁷ J.-M. BRUGUIERE et B. GLEIZE, *op. cit.*, p. 411

²⁷⁷⁸ Ch. CARON, note sous CA Versailles, 12^e ch., 2^e section, 22 septembre 2005, *Juris-Data* n°2005-288693, « Un nouveau droit voisin est né : le droit patrimonial sur l'image », *comm. comm. électr.*, n° 1, janvier 2006, comm. 4

²⁷⁷⁹ J.-M. BRUGUIERE et B. GLEIZE, « Propriété intellectuelle et droit à l'image », in (sous la dir. de) M. VIVANT, *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, p. 411

²⁷⁸⁰ B. OPETIT, « Droit et affaiblissement des valeurs non marchandes : l'exemple du commerce international », in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 205 et suiv., cité par J.-M. BRUGUIERE et B. GLEIZE, « Propriété intellectuelle et droit à l'image », in (sous la dir. de) M. VIVANT, *Les grands arrêts de la propriété*

Cependant, même si le droit à l'image peut présenter un intérêt pécuniaire²⁷⁸¹, il a, par nature, un caractère non patrimonial. De même l'auteur de l'image, qui bénéficie de droits d'auteur, ne peut la reproduire et la vendre « *comme il pourrait le faire pour une autre création* »²⁷⁸². L'auteur voit donc sa liberté de créer et d'exploiter limitée, tout comme le propriétaire. L'un et l'autre, en exploitant la création peuvent porter atteinte à l'image de la personne.

Cette notion de droit à l'image²⁷⁸³ est ainsi parfois opposée au créateur qui voudrait réaliser ou diffuser l'image. En effet, de la même manière que pour toute autre création, l'équilibre entre droit à l'image et liberté de création doit permettre non seulement la réalisation de l'image, mais aussi sa diffusion²⁷⁸⁴.

Le droit à l'image doit être compris comme un droit de la personnalité, même s'il a une dimension pécuniaire. Lorsqu'il est confronté à la liberté de création, un équilibre doit donc être trouvé pour concilier les intérêts entre la personne - le plus souvent – photographiée et le créateur (B).

B) L'équilibre entre droit à l'image et la liberté de création

603. Si le droit à l'image était considéré comme un droit absolu et ne pouvait dès lors par être restreint par la liberté de création (1), ces deux droits sont désormais considérés d'égale valeur et donc conciliés (2).

1. Le droit à l'image auparavant considéré comme absolu

604. La liberté de création restreinte par le droit à l'image : historique. En 1900, les juges ont fait prévaloir le droit à l'image, entravant la liberté de création d'un peintre, obligé de modifier son tableau pour pouvoir l'exposer à la vue du public. Le peintre, qui avait refusé de livrer un portrait, ne pouvait en faire « *un usage quelconque, avant d'en avoir*

intellectuelle, Dalloz, 2004, p. 411. Sur ce sujet, voir également : P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD civ.* 1966, p. 185

²⁷⁸¹ P. KAYSER, « Le secret de la vie privée et la jurisprudence civile », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 405 et suiv., spéc. p. 413, n°9 : « *il n'existe donc pas une séparation absolue entre les droits qui sont dans patrimoine et ceux qui sont en dehors* ».

²⁷⁸² P. KAYSER, *op. cit.* p.414, n°8

²⁷⁸³ B. EDELMAN, « Esquisse d'une théorie du sujet : l'homme et son image », *Dalloz*, 1970, chron. p.119

²⁷⁸⁴ Ch. BIGOT, « La liberté de création prévaut, dans certaines limites sur le droit à l'image », *Dalloz*, 2009, p. 470 : Il y aurait un conflit potentiel entre le droit à l'image de la personne photographiée et le droit moral de l'auteur, qui comporte le droit de divulgation (Voir VIVANT et BRUGUIERE, p. 294 et suiv.) Il semble que le créateur, quelle que soit le moment de la création doit pouvoir conserver ses prérogatives lui permettant de créer et de diffuser son œuvre. Le droit moral serait là encore, la continuité de la liberté de création (Voir Etat Gabonais c/ Antenne 2.)



modifié l'aspect, de manière à la rendre méconnaissable »²⁷⁸⁵. Au XIX^e siècle, le droit à l'image était expliqué par le recours à la notion de propriété. La doctrine estimait que le droit à l'image était « *un droit de propriété de la personne représentée par son image* »²⁷⁸⁶. La jurisprudence allait dans le même sens, et affirmait que « *par un principe établi par une jurisprudence constante, le photographié possède sur son image et sur l'usage qui en est fait un droit de propriété absolu, dont nul ne peut disposer sans son consentement* »²⁷⁸⁷. Cela restreignait excessivement la liberté de création.

Puis, avec la loi du 17 juillet 1970, le législateur est allé dans le même sens. L'article 9 du code civil, reconnaissant un droit subjectif à la vie privée et ici un droit à l'image, a en effet permis de ne pas avoir à rechercher s'il y avait eu une faute, causant un dommage à la personne photographiée²⁷⁸⁸. Le droit subjectif est protégé en lui-même²⁷⁸⁹.

605. Dérogation : les personnes publiques. Il existait en revanche une atténuation touchant les personnes publiques. Elle était cependant limitée.

Lorsque la photographie était prise « *à sa connaissance, au cours de sa vie professionnelle, un consentement spécial pour leur représentation n'est pas nécessaire* »²⁷⁹⁰.

Cependant, une personne publique peut s'opposer à la publication de son portrait à des fins publicitaires²⁷⁹¹. Le fait de détourner une photographie en l'utilisant à d'autres fins que celles pour lesquelles elle a été prise est condamnable. Il n'est donc pas possible de créer une œuvre,

²⁷⁸⁵ Cass. civ. 14 mars 1900, Dalloz 1900, I, p.497, note M. PLANIOL

²⁷⁸⁶ P. KAYSER, « Le secret de la vie privée et la jurisprudence civile », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 405 et suiv., spéc. p. 413, n°8. Voir également n°5, p. 410 pour l'évolution. L'auteur cite comme exemple jurisprudentiels CA Lyon, 8 juillet 1887, Dalloz 1888, 2, p.180 ; Trib. de la Seine, 1905, Dalloz 1905, 2, p.389.

²⁷⁸⁷ Trib. com. de la Seine, 26 février 1963, Dalloz 1963, somm. p. 85 ; Gazette du palais 1963, 2, 53 ; B. EDELMAN, « Esquisse d'une théorie du sujet : l'homme et son image », *Dalloz* 1970, chron. p. 119, également in B. EDELMAN, *La personne en danger*, PUF, 1999, p. 113 et suiv. ; L. MERLET, *RIPIA*, n°236, 2^e trim. 2009, p. 100

²⁷⁸⁸ B. EDELMAN, « Esquisse d'une théorie du sujet : l'homme et son image », *Dalloz* 1970, chron. p. 119, également in B. EDELMAN, *La personne en danger*, PUF, 1999, p. 113 et suiv., spéc. p. 153 : antérieurement à la loi du 17 juillet 1970 instaurant l'article 9 du code civil, la protection de l'image des personnes était issue de l'article 1382 du code civil, ce qui nécessitait de rapporter la preuve d'une faute et celle d'un préjudice « *indépendamment de l'atteinte objective à la vie privée* ».

²⁷⁸⁹ H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, « Les personnes physiques et la famille », in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz 2007, 12^e éd., tome 1, n°20, p. 149 et suiv., spéc. p.153

²⁷⁹⁰ TGI de la Seine, 3^e ch., 24 novembre 1965, JCP 1966, II, 14521, note R. LINDON : les juges opposent la vie professionnelle et le cadre de la vie privée. Doivent donc être distinguées « *activité publique* » et la « *vie intime d'une personne* » : « Le secret de la vie privée et la jurisprudence civile », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 405 et suiv., spéc. p. 410, n°5

²⁷⁹¹ CA Paris, 8 juillet 1887, *Ann. Propr., litt. Et artistique*, 1888, p. 286, art. 3253, cité par B. EDELMAN, « Esquisse d'une théorie du sujet : l'homme et son image », *Dalloz* 1970, chron. p. 119, également in B. EDELMAN, *La personne en danger*, PUF, 1999, p. 113 et suiv., spéc. p. 119-120



une publicité en l'espèce, à partir d'une telle photographie, même si le créateur de la publicité est celui qui disposait de la photographie pour promouvoir une autre de ses activités.

Il existe aujourd'hui un équilibre entre les droits de la personne dont on utilise l'image et le créateur de celle-ci. Lorsqu'il s'agit d'une œuvre d'art, la liberté de son créateur prime sur le droit à l'image (2).

2. La primauté de la liberté de création en matière artistique

606. Une évolution récente. Il semble que la primauté de la liberté de création sur le droit à l'image est récente. Pour L. MERLET, le changement est apparu dans les années 2000. Plus particulièrement avec des jugements des 9 mai et 25 juin 2007 faisant prévaloir la « *libre création artistique* » du photographe sur le droit à l'image²⁷⁹².

Désormais, le droit à l'image, comme le respect de la vie privée ne sont pas des droits absolus²⁷⁹³. Ils sont restreints en particulier par l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme²⁷⁹⁴.

607. Les limites à la liberté de création. La création est plus libre²⁷⁹⁵ puisque le droit à l'image n'est plus considéré comme absolu. Il n'est cependant pas possible d'utiliser l'image d'une personne de manière volontairement dévalorisante²⁷⁹⁶. Cette limite à la liberté de création peut être apportée par les juges en référé²⁷⁹⁷.

608. Situations dans lesquelles la liberté de création prévaut. L'utilisation de l'article 9 du code civil accordant à toute personne un droit exclusif sur son image est limitée. Ainsi, un mannequin ne peut s'opposer à la reproduction de photographies d'elles-mêmes

²⁷⁹² L. MERLET, *RIPIA*, n°236, 2^e trim. 2009, p. 100. Voir les jugements des TGI Paris, 17^e ch., 9 mai 2007, 7^e ch., n° 06/03296 et 25 juin 2007, n° 06/10149, A. FOURLON, « Lorsque le droit à l'image cède devant la liberté d'expression artistique », *Légipresse* novembre 2007, n° 246, III, p. 234 ; Ch. BIGOT, « Liberté d'expression et droit à l'image », *Dalloz* 2007, pan. 2779 ; A. TRICOIRE, « Les œuvres et les visages : la liberté de création s'affirme contre le droit à la vie privée et le droit à l'image », *Dalloz* 2008, p. 57.

²⁷⁹³ N. BONNAL, « Les conflits entre les droits de la personnalité et la liberté de création et d'illustration », *Légicom*, n°43, 2009/2, p. 23 et suiv.

²⁷⁹⁴ Article 10 CEDH : « 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations (...) ».

²⁷⁹⁵ L. MERLET, *RIPIA*, n°236, 2^e trim. 2009, p. 100 : « il y a moins de 10 ans encore, le droit à l'image était considéré comme exclusif et absolu et il aurait été difficile d'imaginer qu'un photographe puisse obtenir gain de cause au nom de la libre création artistique ».

²⁷⁹⁶ Cass. 1^{re} civ., 16 juillet 1998, « Atteinte au droit à l'image d'une personne mise en scène de façon dévalorisante dans un jeu vidéo », *Dalloz* 1999, p. 541 ; comm. J.-C. SAINT-PAU, « L'article 9 du code civil : matrice des droits de la personnalité », *Dalloz*, 1999, p. 541

²⁷⁹⁷ *Ibid.*



prises trente ans auparavant et publiées sans qu'elle réagisse plusieurs fois avant la publication des ouvrages. En l'espèce, la possibilité qu'elle soit reconnue était faible. Les juges ont relevé qu'elle ne pouvait « *se prévaloir d'une atteinte portée à sa dignité, seule restriction indiscutable à la liberté de création de l'artiste* »²⁷⁹⁸.

La liberté de création artistique prime également sur le droit à l'image²⁷⁹⁹ lorsque la personne photographiée est reconnaissable. En effet, il est possible de photographier des personnes sans leur consentement, afin de publier ces créations. Cela a été affirmé par un jugement du 2 juin 2004, les juges du TGI de Paris ont souligné que la photographie du demandeur « *comme celles des autres personnes figurant dans le livre, illustre l'Homme anonyme et sert l'œuvre artistique aussi bien dans le livre que dans le film où elle apparaît deux secondes* ». Le droit à l'image s'efface donc devant la liberté de création, et la création, « *en dehors de toute atteinte à sa dignité n'est pas fautive* »²⁸⁰⁰. La liberté de création a été protégée sur le fondement de l'article 10 de la CEDH relatif à la liberté d'expression. Le TGI de Paris a donc estimé qu'un ouvrage contenant des photos de personnes anonymes, prises avec qu'un photographe avec ou sans leur consentement, pouvait être publié²⁸⁰¹.

Dans le même sens, les juges ont fait prévaloir la liberté de création dans des affaires des 9 et 25 juin 2007²⁸⁰², relatives à un même livre de photographies. S'ils n'ont pas fait droit à la demande des personnes photographiées, ils ont précisé ce qui pourrait restreindre la liberté de création. En l'espèce, l'artiste avait pris des photographies de personnes célèbres, d'anonymes et de marginaux. Dans les deux cas, les personnes photographiées ont estimé que cela leur a

²⁷⁹⁸ CA Paris, ch. 14, section B, 5 octobre 2007, JurisData 2007-344787, com. Ch. CARON, « Droit d'auteur : vive la liberté de création ! », *comm. comm. électr.*, n° 12, décembre 2007, comm. 149

²⁷⁹⁹ A. LEPAGE, *Droits de la personnalité, rép. civ.*, 2010, n° 360 à 363 ; voir notamment CA Paris, 11^e ch. section A, 5 novembre 2008, *Légipresse* n° 258, janvier-février 2009, I, p. 14 ; Ch. BIGOT, « La liberté de création prévaut, dans certaines limites, sur le droit à l'image », *Dalloz*, 2009, p. 470 ; A. LEPAGE, V° « Droits de la personnalité », *rép. civ. dalloz*, 2010, n° 361 ; TGI Paris, 17^e ch. civ., 2 juin 2004, com. Ch. BIGOT, « La liberté de l'image dans tous ses états », *Légipresse* 2004, III, p. 156

²⁸⁰⁰ TGI Paris, 17^e ch. civ., 2 juin 2004, com. Ch. BIGOT, « La liberté de l'image dans tous ses états », *Légipresse* 2004, III, p. 156

²⁸⁰¹ TGI Paris, 17^e ch. civ., 2 juin 2004, com. Ch. BIGOT, « La liberté de l'image dans tous ses états », *Légipresse* 2004, III, p. 156 : à propos d'un livre de photographies portant sur la solitude. TGI Paris, 9 mai et 25 juin 2007, com. A. FOURLON, « Lorsque le droit à l'image cède devant la liberté d'expression artistique », *Légipresse* n° 246, novembre 2007, III, p. 234 ; Ch. BIGOT, « Liberté d'expression et droit à l'image », *Dalloz* 2007, pan. p. 2779 ; A. TRICOIRE, « Les œuvres et les visages : la liberté de création s'affirme contre le droit à la vie privée et le droit à l'image », *Dalloz* 2008, p. 57 ; CA Paris, 5 novembre 2008 *Légipresse* n° 258, janvier-février 2009, I, p. 14, Ch. BIGOT, « La liberté de création prévaut, dans certaines limites, sur le droit à l'image », *Dalloz*, 2009, p. 470.

²⁸⁰² TGI Paris, 17^e ch., 9 mai 2007, 7^e ch., n° 06/03296 et 25 juin 2007, n° 06/10149, A. FOURLON, *Légipresse* 2007, I, p. 234 et « Lorsque le droit à l'image cède devant la liberté d'expression artistique », *Légipresse*, n° 246, novembre 2007, III, p. 234 ; A. LEPAGE, L. MARINO, Ch. BIGOT, « Droits de la personnalité », *Dalloz* 2007, p. 2771 et suiv., spéc. Ch. BIGOT, p. 2779 ; A. TRICOIRE, « Les œuvres et les visages : la liberté de création s'affirme contre le droit à la vie privée et le droit à l'image », *Dalloz* 2008, p. 57



causé un préjudice, et invoquent le droit à l'image, ainsi que le caractère dégradant de ces photographies.

Pour la première demande, la photographie représentait une femme, téléphone portable dans une main et tenant son chien en laisse de l'autre, parmi d'autres photographies de marginaux et d'excentriques. Elle a estimé que cette photographie constituait une atteinte à sa vie privée. Elle aurait, selon elle, l'image d'une « *élégante indifférente au sort d'autrui* », elle ajoute que ses proches ont perçu ce livre comme « *une poubelle* », la « *laideur repoussante et pathétique* » « *de tous ces visages* », un « *cabinet des horreurs* ». Pour les juges, il s'agissait de faits anodins, d'une personne anonyme. Or le droit à l'image « *n'est pas absolu et doit se concilier avec la liberté d'expression qui est garantie tant par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen que par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme* »²⁸⁰³. Les juges ont ajouté que le droit à l'image peut céder devant la liberté de l'artiste, « *lorsque, l'exercice par une personne de son droit à l'image aurait pour effet de faire arbitrairement obstacle à la liberté d'expression artistique, laquelle relève de la liberté de recevoir ou de communiquer des idées* »²⁸⁰⁴. La liberté de l'artiste prévaut sur le droit à l'image : « *dans ce domaine, seule une publication contraire à la dignité de la personne ou revêtant pour elle des conséquences d'une particulière gravité est elle de nature à constituer une atteinte au droit à l'image susceptible de réparation* »²⁸⁰⁵. A. TRICOIRE souligne le caractère artistique de l'image²⁸⁰⁶ qui a été, semble-t-il, déterminant pour faire prévaloir la liberté du créateur²⁸⁰⁷. Ainsi, toutes les créations ne bénéficieraient de la même protection par la liberté de création. Une telle distinction entre l'art et la réalité est favorable à la liberté de création artistique.

Le second procès concerne des personnes vulnérables, photographiées en train de grimacer. Le tribunal a recherché l'intérêt sociologique que pouvait présenter un ouvrage montrant deux dames dont la folie est manifeste²⁸⁰⁸. Il a également cherché l'intention de l'auteur, celle de réhabiliter les marginaux²⁸⁰⁹. Pour les juges, « *en l'absence de toute atteinte à la dignité humaine, il convient de privilégier la liberté d'expression artistique sur le droit à l'image de*

²⁸⁰³ TGI Paris, 17^e ch., 9 mai 2007, 7^e ch., n° 06/03296, *Légipresse* n°246, novembre 2007, III, p. 234

²⁸⁰⁴ *Ibid.*

²⁸⁰⁵ *Ibid.*

²⁸⁰⁶ A. TRICOIRE, *Petit traité de la liberté de création*, éd. La découverte, 2011, p. 272-273

²⁸⁰⁷ Le caractère artistique, avec la dignité comme limite, a à nouveau été pris en considération par la 17^e chambre civile du TGI de Paris, dans un jugement du 17 décembre 2012 (comm. Par D. LEFRANC, « Posséder l'enfance ? L'image de l'enfant « modèle » au piège de l'art et du temps », *Légipresse* n° 302, février 2013, p. 107 et suiv.

²⁸⁰⁸ A. TRICOIRE, *op. cit.*, p. 275-276

²⁸⁰⁹ A. TRICOIRE, *op. cit.*, p. 277



personnes - même particulièrement vulnérables - que le photographe entend précisément défendre »²⁸¹⁰. Pourtant, A. TRICOIRE estime que « dans l'appréciation de la dignité de la représentation artistique des visages, une interprétation de l'œuvre et une évaluation du mérite de l'œuvre (...) est inévitable », « s'agissant de l'évaluation de l'éventuel préjudice de personnes réelles »²⁸¹¹.

Les juges ont estimé qu'il n'y avait aucun caractère dégradant dans ces clichés et que la liberté de l'artiste primait²⁸¹². Pour estimer si les images présentent un caractère dégradant il est donc nécessaire de se référer au cas d'espèce. Cela permet de ne pas restreindre la liberté de création à moins d'une réelle atteinte. Dès lors la liberté de création prévaut.

En effet, il semble qu'aujourd'hui, seules l'atteinte à la dignité et les conséquences d'une particulière gravité que pourrait entraîner la publication de l'image, constituent des « restrictions indiscutables à la liberté de création de l'artiste »²⁸¹³. Le détournement de l'image a récemment été évoqué comme limite à la liberté de création, à propos d'images attentatoires à la dignité d'une enfant²⁸¹⁴.

La liberté de création doit être conciliée avec les droits de la personnalité des tiers non créateurs. Elle doit également être aménagée avec les droits du propriétaire d'un bien dont l'image serait utilisée par un auteur (section 2).

Section 2 : Le droit à l'image des biens et la liberté de création

609. La protection de l'image des biens est une des questions que soulève la liberté de création. La liberté laissée à l'auteur de l'image, en particulier la liberté de s'inspirer d'un

²⁸¹⁰ TGI Paris, 17^e ch., 9 mai 2007, 7^e ch., n° 06/03296, *Légipresse* n°246, novembre 2007, III, p. 234

²⁸¹¹ A. TRICOIRE, *op. cit.*, p. 278

²⁸¹² TGI Paris, 17^e ch., 9 mai 2007, 7^e ch., n° 06/03296 et 25 juin 2007, n° 06/10149, A. FOURLON, « Lorsque le droit à l'image cède devant la liberté d'expression artistique », *Légipresse* novembre 2007, n° 246, III, p. 234 ; Ch. BIGOT, « Liberté d'expression et droit à l'image », *Dalloz* 2007, pan. 2779, A. TRICOIRE, « Les œuvres et les visages : la liberté de création s'affirme contre le droit à la vie privée et le droit à l'image », *Dalloz* 2008, p. 57. Confirmé par CA Paris, 11^e ch., section A, 5 novembre 2008, *Légipresse*, n°258, janvier-février 2009, I, p. 14 ; Ch. BIGOT, « La liberté de création prévaut, dans certaines limites, sur le droit à l'image », *Dalloz*, 2009, p. 470

²⁸¹³ CA Paris, 14^e ch., 5 octobre 2007, Juris-Data n°2007-344787, obs. Ch. CARON, « Droit d'auteur : vive la liberté de création ! », *comm. comm. électr.* n°12, décembre 2007, comm. 149. En l'espèce il était peu probable que la personne photographiée soit reconnue. Et encore, ce point de vue n'est pas partagé par tous les auteurs, A. LEPAGE estimant que la considération de la dignité « ne représente pas en pratique une limitation très contraignante » : A. LEPAGE, V° « Droits de la personnalité », *rép. civ. Dalloz* 2010, n° 363

²⁸¹⁴ TGI Paris, 17^e ch. civ. 17 décembre 2012, com. D. LEFRAND, « Posséder l'enfance ? L'image de l'enfant « modèle » au piège de l'art et du temps », *Légipresse* n° 302, février 2013, p. 107



bien pour créer, relie l'image des biens à la liberté de création²⁸¹⁵. Il ne peut donc pas y avoir d'image, si leurs auteurs ne sont pas libres de créer. La question qui s'est posée est celle de l'étendue des prérogatives du propriétaire du bien²⁸¹⁶. En effet, les propriétaires ont revendiqué un droit sur cette image, qui était pour eux, l'un des attributs de leur droit de propriété. La construction d'un droit jurisprudentiel à l'image des biens (§ 1) a permis d'équilibrer les intérêts des propriétaires et ceux des créateurs (§ 2).

§ 1 : Construction du droit jurisprudentiel à l'image des biens

610. La liberté du créateur confronté aux droits du propriétaire sur l'image de son bien, une question ancienne. La construction d'un droit à l'image des biens débute par l'arrêt rendu par la cour de cassation le 10 mars 1999²⁸¹⁷. La question de la reproduction de l'image d'un bien avait cependant déjà été abordée par les juridictions du fond, soulevant ainsi le problème de l'équilibre à trouver entre liberté de création et droit de propriété. Cette question a été d'autant plus discutée que l'étendue du droit de propriété classique a été modifiée, afin de satisfaire les intérêts des propriétaires, considérés comme les légitimes bénéficiaires des fruits tirés de l'exploitation de l'image de leur bien. La question qui s'est donc posée est celle de l'étendue des prérogatives du propriétaire du bien²⁸¹⁸.

²⁸¹⁵ B. GLEIZE, *La protection de l'image des biens*, éd. Defrénois, Lextenso éd., collection de thèses, tome 33, 2008, n°391

²⁸¹⁶ B. GLEIZE, *op. cit.* n°13

²⁸¹⁷ Ce point de départ est donné par M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, n° 411 et suiv. L'arrêt a été largement commenté : E. AGOSTINI, *Dalloz*, 1999, p. 339 ; J.-M. BRUGUIERE et N. MALLET-POUJOL, « Quand la cour de cassation abuse de son droit de propriété sur l'immatériel », *Droit et patrimoine*, 13 juillet 1999, hebdo n°300, p. 6 ; Ch. CARON, « Les virtualités dangereuses du droit de propriété », *Defrénois*, n°19/99, p. 897 et suiv., p. 904 ; M. CORNU, *RIDA* octobre 1999, n° 182, p. 149 ; S. DURRANDE, *Dalloz* 1999, somm. comm. p. 247 ; P.-Y. GAUTIER, « L'exploitation d'un bien sur la forme de photographie porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire », *JCP G* 1999, II, 10078, p. 859 ; J. RAVANAS, « L'image d'un bien saisie par le droit », *Dalloz* 2000, n°2, p. 19 ; M. SERNA, « Patrimonialisation de l'image et objectivisation du droit à et sur l'image », *JCP E*, 1999, p. 819 ; A. FRANCON, « Droit d'un propriétaire sur l'image de son bien », *RTD Com*, 52, avril-juin 1999, 7., p. 397 ; J. F., « Illicéité de l'exploitation commerciale, sans autorisation de son propriétaire, de l'image d'un immeuble », *Dalloz affaire*, n°157, jeudi 15 avril 1999, p. 629 ; R. HAMOU, « Peut-il exister un droit de propriété sur l'image des biens ? », *Gazette du palais*, 16 décembre 2000, n°351, p. 19

²⁸¹⁸ B. GLEIZE, *La protection de l'image des biens*, éd. Defrénois, Lextenso éd., collection de thèses, tome 33, 2008, n°13



Faire du propriétaire du bien le bénéficiaire des fruits de l'exploitation de l'image du bien remettait cependant en cause le principe d'indépendance des propriétés matérielles et immatérielles²⁸¹⁹ existant en droit d'auteur.

611. Quel droit pour le propriétaire sur l'image du bien. L'image des biens a été considérée comme une « *para-propriété intellectuelle* »²⁸²⁰, un droit qui contrairement aux droits de propriété intellectuelle, n'est pas accordé en raison de l'utilité sociale qu'il rend à la culture²⁸²¹, le propriétaire ne faisant que refuser la reproduction de l'image de son bien. Il ne s'agit pas en effet d'un droit de propriété intellectuelle.

Cependant, la création, protégée par le droit d'auteur, est concernée par cette construction jurisprudentielle, car celui qui fait l'image, sous forme de photographie, de tableau ou autres, fait bien œuvre de création²⁸²². La liberté de création de celui qui veut pouvoir s'inspirer d'un bien, le reproduire est donc en jeu. Le propriétaire a contesté cette liberté, faisant valoir son propre droit de propriété, étendu pour les besoins de la cause à l'image du bien. La jurisprudence a répondu diversement jusqu'à un arrêt du 10 mars 1999 (A), qui semblait affirmer, par principe, un droit exclusif du propriétaire du bien face à la liberté du créateur. Les droits du propriétaire prévalaient sur la liberté de création de celui qui voulait reproduire ce bien (B). Puis, cette solution a été modérée (C), faisant prévaloir la liberté de création sur le droit de propriété, les tribunaux exigeant désormais un trouble anormal causé au propriétaire du bien.

²⁸¹⁹ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n° 302 et suiv. ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, n° 411 et suiv.

²⁸²⁰ P.-Y. GAUTIER, « Le droit subjectif sur l'image d'un bien, ou comment la Cour de cassation crée de la « para-propriété intellectuelle », *JCP G* n°18, 5 mai 1999, 10078, n°11

²⁸²¹ *Ibid.*

²⁸²² Cette affirmation ne peut cependant être générale, en particulier dans le domaine de la photographie. En effet, l'appréciation de la banalité ou de l'originalité des photographies est laissée aux juges, qui l'admettent le plus souvent. Il s'agit également d'un procédé de reproduction (article L. 122-3 CPI) : A. LATREILLE, « La création photographique face au juge : entre confusion et raison », *Légipresse*, n°274, juillet août 2010, p. 139, spé. p. 141. Pour apprécier l'originalité de la photographie, l'auteur estime que l'on peut se référer au « *critère de caractère propre* » tel qu'il existe en droit des dessins ou modèles. L'article L. 511-4 CPI *in fine* dispose en effet que « *Pour l'appréciation du caractère propre, il est tenu compte de la liberté laissée au créateur de la réalisation du dessin ou modèle* ».



A) Les hésitations jurisprudentielles, antérieures à l'arrêt du 10 mars 1999

612. Une jurisprudence favorable au propriétaire. Pour la doctrine, le droit à l'image des biens est issu de l'arrêt du 10 mars 1999²⁸²³. Si cet arrêt pose comme principe l'extension du droit du propriétaire du bien à l'image de celui-ci, la jurisprudence avait déjà eu l'occasion d'émettre des solutions différentes, opposant également les droits du propriétaire et ceux des artistes. Il semble que cette solution avalise la jurisprudence des juges du fond²⁸²⁴, seule la Cour d'appel de Paris était défavorable à une protection trop étendue des droits du propriétaire du bien. Elle a au contraire affirmé qu'« *il n'y a que le droit d'auteur qui confère un monopole de reproduction et que la loi ne protège que l'image des personnes* »²⁸²⁵.

613. Les hésitations antérieures à l'arrêt du 10 mars 1999. Il ne s'agissait pas alors d'une construction jurisprudentielle, mais de solutions apportées au cas par cas. La solution

²⁸²³ Ce point de départ à la construction de l'image des biens est donné par : Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n° 303 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, n° 411 ; Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1999, Bull. civ. I, n°87, comm. par : Conclusions SAINTE-ROSE et note E. AGOSTINI, *Dalloz*, 1999, p. 319 ; J.-M. BRUGUIERE et N. MALLET-POUJOL, « Quand la cour de cassation abuse de son droit de propriété sur l'immatériel », *Droit et patrimoine*, 13 juillet 1999, hebdo n°300, p. 6 ; Ch. CARON, « Les virtualités dangereuses du droit de propriété », *Deffrénois*, n°19/99, article 37928, p. 897 ; M. CORNU, *RIDA* octobre 1999, n° 182, p. 149 ; S. DURRANDE, « L'exploitation d'un bien sous la forme de photographies porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire », *Dalloz* 1999, somm. comm., p. 247 ; P.-Y. GAUTIER, « Le droit subjectif sur l'image d'un bien, ou comment la Cour de cassation crée de la « para-propriété intellectuelle » », *JCP G* 1999, II, 10078, p. 859 ; J. RAVANAS, « L'image d'un bien saisie par le droit », *Dalloz* 2000, n°2, p. 19 ; M. SERNA, « Patrimonialisation de l'image et objectivisation du droit à et sur l'image », *JCP E*, 6 mai 1999, n°18, p. 819 ; A. FRANCON, « Droit d'un propriétaire sur l'image de son bien », *RTD Com*, 52, avril-juin 1999, 7., p. 397 ; J. F., « Illicéité de l'exploitation commerciale, sans autorisation de son propriétaire, de l'image d'un immeuble », *Dalloz affaire*, n°157, jeudi 15 avril 1999, p. 629 ; R. HAMOU, « Peut-il exister un droit de propriété sur l'image des biens ? », *Gazette du palais*, 16 décembre 2000, n°351, p. 19 ; H. PERINET-MARQUET, « Droit des biens », *JCP G*, n° 42, 20 Octobre 1999, I 175, n°2 ; F. ZENATI, « Notion de propriété », *RTD civ.*, octobre-décembre 1999, p. 859 ; Y. GAUBIAC, « Conflit entre le droit de propriété sur le support matériel de l'œuvre et le droit incorporel de l'auteur », *com. com. élect.* octobre 1999, comm. 4 ; G. CHAUTEMPS, « Le droit de propriété : son étendue et ses limites », *Droit et patrimoine*, n° 300, juillet 1999, p. 5 ; P. MENDAK, « Le droit à l'image d'un immeuble est-il consacré ? », *Lamy droit de l'immobilier*, bull., n°58, mai 1999, p. 1 ; H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, dalloz, 12^e éd., 2007, tome 1, p. 439, n°68-69 ; S. V., « Du droit des personnes au droit des biens : consécration du droit du propriétaire sur l'exploitation de l'image de son bien », *RJPF*, 1999, 3, jurispr. ; F. MACORIG-VERNIER, « Propriété », *droit et patrimoine*, 1999, 76, jurispr. ; P. MENDAK, « le droit à l'image d'un immeuble est-il consacré ? », *RLDA* 1999, 18, chron. ; D. BRETAGNE-JAEGER, obs. sur l'arrêt du 10 mars 1999, remettant en cause CA Paris, 12 octobre 1998, à propos du navire Elf-Aquitaine III, *le droit maritime français*, 2000, 609

²⁸²⁴ F. ZENATI, comm. cass. 1^{re} civ., 10 mars 1999, « Notion de propriété », *RTD civ.* 1999, p. 859 : (Grenoble, 15 juill. 1919, *Dalloz* 1920.2.9, obs. A. ROUAST (en l'espèce, l'utilisation de l'image par le pharmacien a été condamnée, il a été reconnu une dénaturation de l'œuvre et la tromperie du public) ; T. civ. Seine, 15 févr. 1952, *Gaz. Pal.* 1952. 1^{er} semestre, jurispr. p. 164 ; CA Metz, 26 novembre 1992, A. ROBERT, « L'autorisation ou l'interdiction de l'utilisation à des fins commerciales de l'image d'un immeuble est un des attributs du droit de propriété », *Dalloz* 1994, somm. p. 161

²⁸²⁵ CA Paris, 4^e ch. A, 7 janvier 1991, obs. C. COLOMBET, « Absence d'atteinte à la vie privée du propriétaire d'un voilier par la diffusion d'images de ce dernier », *Dalloz* 1992, somm. p. 15 ; CA Paris, 4^e ch., A, 14 octobre 1998, « Le propriétaire d'un voilier ne peut s'opposer à l'exploitation de l'image de celui-ci », *Dalloz* 1998, IR, 255 : cités par F. ZENATI, comm. cass. 1^{re} civ. 10 mars 1999, « Notion de propriété », *RTD civ.* 1999, p. 859



n'est alors pas vraiment établie et l'image des biens n'est pas appréhendée comme une question autonome²⁸²⁶. Ainsi, la Cour de Paris a successivement estimé que le droit du propriétaire sur son immeuble ne s'étendait pas à l'image de celui-ci²⁸²⁷, que le propriétaire disposait d'un droit absolu sur l'image de son bien lorsqu'il y avait des fins commerciales à la reproduction de celui-ci²⁸²⁸, puis à nouveau qu'il n'avait pas de droit de reproduction sur son bien²⁸²⁹. Il est donc difficile de déterminer quelle liberté est laissée au créateur qui s'inspire de l'image d'un bien.

Il semble néanmoins que cette jurisprudence était favorable au propriétaire (1), même si certaines décisions ont fait prévaloir la liberté de création (2).

1. Une jurisprudence favorable au propriétaire

614. Responsabilité, propriété ou droit de la personnalité ? Le droit de propriété était le plus souvent écarté en cas de conflit entre le propriétaire d'un bien et celui qui le reproduisait. Ainsi, pour restreindre la liberté de création, les juges recouraient plutôt à la responsabilité²⁸³⁰, ou aux droits de la personnalité (atteinte à la vie privée du propriétaire)²⁸³¹. Le parallèle avait d'ailleurs été fait entre le droit à l'image des personnes et l'image des biens.

Plus récemment, les juges se sont référés à l'atteinte aux droits de la personnalité pour faire prévaloir les intérêts du propriétaire. Dans un jugement du 28 août 1996²⁸³², le tribunal de grande instance de Saumur a estimé que l'utilisation commerciale de l'image du bien était un attribut du droit de propriété. En l'espèce, la carte postale avait pour sujet principal une péniche, domicile du propriétaire. Le tribunal, même s'il affirme comme un principe le droit du propriétaire sur l'image de son bien, sans s'appuyer sur les droits de la personnalité du demandeur, fait référence à plusieurs éléments pouvant faire penser qu'il existait un risque

²⁸²⁶ B. GLEIZE, *La protection de l'image des biens*, éd. Defrénois, Lextenso éd., collection de thèses, tome 33, 2008, n°2

²⁸²⁷ CA Paris, 7 janvier 1991, com. C. COLOMBET, « Absence d'atteinte à la vie privée du propriétaire d'un voilier par la diffusion d'images de ce dernier », *Dalloz* 1992, somm. p. 15

²⁸²⁸ CA Paris, 7^e ch., 12 avril 1995, somm. « Le droit à l'image étant un des attributs du droit de propriété, le propriétaire d'un immeuble peut interdire sa reproduction à des fins commerciales », *Dalloz* 1995, p. 130 ; com. H. PERINET-MARQUET, « Droit des biens », *JCP G*, 20 décembre 1995, I, doctrine 3878, p. 417 et suiv. ; somm. *JCP G* n°24, 14 juin 1995, IV, 1426 ; V. CROMBEZ, « Protection de l'image d'un bien », *JCP G*, 19 mars 1997, n°12, II, 22806, p. 131 et suiv. : en l'espèce, les juges fondent référence uniquement au droit patrimonial. De plus, la propriétaire avait déjà exploité l'image de son bien, seule la maîtrise commerciale de l'image du bien est en cause. La seule limite serait ici l'intention de nuire.

²⁸²⁹ CA Paris, 14 octobre 1998, *Dalloz* 1998, IR, p. 255.

²⁸³⁰ Voir notamment *RTD civ.* 1966, p. 293 ; *RTD civ.* 1966, p. 317

²⁸³¹ Voir P. KAYSER, « L'image des biens », *Dalloz* 1995, p. 291 et suiv.

²⁸³² TGI Saumur, 28 août 1996, *JCP* 1997, I, 4010 ; A. ROBERT, « L'utilisation commerciale de l'image d'une péniche sans l'accord de son propriétaire constitue une atteinte flagrante au droit de propriété », *Dalloz*, 1998, som., p. 57



d'atteinte aux droits de la personnalité. Ainsi, la péniche en question était l'élément principal de la carte postale, elle était de plus facilement identifiable. Cette condition a été réaffirmée par la cour de cassation, dans un arrêt du 25 janvier 2000²⁸³³. Le tribunal fait également référence à un trouble manifestement illicite constitué par cette atteinte au droit de propriété.

Ainsi, en 1995, la Cour d'appel de Bordeaux ne s'est pas appuyée sur le droit de propriété mais sur les articles 1382 et 1383 du code civil²⁸³⁴.

615. La prise en compte des considérations commerciales pour limiter la liberté de création. Ces solutions diverses se justifient par l'équilibre à établir entre les droits du propriétaire et les droits du créateur. Mais il semble que, déjà, le droit du propriétaire sur l'image de son bien primait²⁸³⁵, en particulier en raison de la finalité commerciale des créations en causes. Ainsi, en 1992, la Cour d'appel de Metz a affirmé, sur le fondement de l'article 544 du code civil, que « *le droit de propriété autorise le propriétaire à mettre obstacle à ce qu'un tiers utilise l'image de son immeuble à des fins commerciales sans son autorisation, le propriétaire ayant seul le droit de jouir et de disposer de son immeuble, et ayant de ce fait seul la possibilité d'autoriser ou d'interdire l'utilisation de l'image de son immeuble à des fins commerciales* »²⁸³⁶.

Dans le même sens, par un arrêt du 18 février 1972, la cour d'appel de Paris avait fait droit à la demande du propriétaire, en condamnant le peintre sur le fondement des articles 1147²⁸³⁷ et 544²⁸³⁸ du code civil. En l'espèce, le peintre avait fait quelques croquis à partir desquels il a peint le château, qui n'était pas visible de la voie publique. Il a vendu cette toile. Les demandeurs ont fait valoir qu'il était précisé sur les tickets d'entrée que « *la reproduction, l'édition, la commercialisation quelconques sans autorisation, de films négatifs ou documents*

²⁸³³ J. SAINTE-ROSE, avis à propos de cass. ass. plén., 7 mai 2004, « L'image des biens », *petites affiches*, 10 janvier 2005, n°6, p. 8 et suiv.

²⁸³⁴ CA Bordeaux, 16 octobre 1995, ch. 1, section B, n°93003261

²⁸³⁵ A. ROBERT, note sous TGI Saumur, 28 août 1996, JCP 1997, I, 4010, « L'utilisation commerciale de l'image d'une péniche sans l'accord de son propriétaire constitue une atteinte flagrante au droit de propriété », *Dalloz*, 1998, som., p. 57. Pour l'auteur, la jurisprudence, selon laquelle « *tout propriétaire a le droit de s'opposer à la reproduction photographique de son bien, notamment à des fins commerciales* », a posé ce principe au fur y à mesure des décisions dans les années 1990, voir ces dernières décennies : V. CROMBEZ, note sous CA Paris, 12 avril 1995, « Protection de l'image d'un bien », JCP G, n°12, 19 mars 1997, II, 22806, 1°

²⁸³⁶ CA Metz, ch. civ., 26 novembre 1992, comm. A. ROBERT, « L'autorisation de l'utilisation à des fins commerciales de l'image d'un immeuble est un des attributs du droit de propriété », *Dalloz* 1994, p. 161

²⁸³⁷ Article 1147 du code civil : « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part* ».

²⁸³⁸ Article 544 du code civil « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ».



sera poursuivie judiciairement ». Pour le tribunal, le fait d'avoir pris ces croquis et d'avoir vendu cette toile dans ces circonstances, « *sans l'autorisation du demandeur* » constitue une atteinte au droit de propriété de celui-ci. Cette décision semble sévère et constitue une restriction importante à la liberté de création, dans la mesure où la création a nécessairement pour but de « *rencontrer un public* »²⁸³⁹. C'est cet aspect de la liberté de création qui est ici remis en cause.

La dimension économique a donc été prise en compte. Lorsqu'il s'agit d'un tableau ou d'une photographie qui n'est pas destinée à être commercialisée, l'intérêt économique n'est pas un critère. En revanche, on peut supposer qu'il est plus difficile de refuser à un propriétaire un droit sur l'image de son bien, lorsque celui qui le reproduit le fait à des fins commerciales.

La liberté de création, défendue par le biais de la liberté d'expression, a pu être opposée au droit de propriété, sans succès. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a fait valoir le droit de propriété dans la mesure où « *tout propriétaire a le droit « le plus absolu » d'interdire la reproduction à des fins commerciales de ses biens et ce droit n'a d'autres limites que l'abus qui pourrait en être fait, en violation, notamment, de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans l'hypothèse où la liberté d'écrire et d'imprimer ne porterait pas elle-même atteinte au droit inviolable et sacré de propriété* »²⁸⁴⁰. Or en l'espèce, le fait que le photographe ait été un professionnel, qu'aucune autorisation n'ait été demandée, et que, si la société en elle-même ne tirait pas profit de la diffusion de la photographie, elle était utilisée « *dans le cadre d'une opération de promotion du tourisme destinée à « vendre » la région et par voie de conséquence, à favoriser le développement de nombre de ses activités économiques* » prouve pour la cour qu'il s'agissait bien d'une exploitation à des fins commerciales. Pour V. CROMBEZ, cette condamnation de l'auteur du cliché est due à l'atteinte à l'intimité ou à la réputation du propriétaire par l'opération commerciale²⁸⁴¹, ce qui semble contraire à l'affirmation des juges considérant le droit de propriété comme un droit absolu. En effet, le droit de propriété n'aurait pas prévalu, puisqu'il aurait fallu montrer une atteinte au droit de la personnalité du propriétaire. Les juges font référence à la liberté

²⁸³⁹ B. GLEIZE, *La protection de l'image des biens*, éd. Defrénois, Lextenso éd., collection de thèses, tome 33, 2008, n°385. L'auteur cite D. BECOURT, « Commentaire de la loi n°95-4 du 3 janvier 1995 sur la reprographie », *Dalloz*, 1995, commentaires législatifs, p. 59, n°5 ; Ph. GAUDRAT, « Les démêlés intemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur », *RIDA*, octobre 2001, n°190, p.71 (p. 80 et suiv.) ; V.-L. BENABOU, « Puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA*, avril 2002, n° 192, p. 3 (p. 53)

²⁸⁴⁰ CA Paris, 12 avril 1995, H. PERINET-MARQUET, *JCP G* 1995, I, 3878 ; V. CROMBEZ, « Protection de l'image d'un bien », *JCP G*, n°12, 19 mars 1997, II, 22806

²⁸⁴¹ V. CROMBEZ, note sous CA Paris, 12 avril 1995, « Protection de l'image d'un bien », *JCP G*, n°12, 19 mars 1997, II, 22806, 9°



d'expression comme seule restriction possible. Cette liberté fondamentale²⁸⁴² doit être considérée comme étant de même valeur dans la hiérarchie des normes que le droit de propriété²⁸⁴³. Or on sait que les libertés et droits fondamentaux ne peuvent être absolus et doivent être conciliés entre eux. La liberté de création entrerait donc en concurrence avec le droit du propriétaire sur son bien.

Si les intérêts des propriétaires prévalaient, certaines décisions étaient favorables à la liberté de création (2).

2. Les quelques solutions favorables à la liberté de création

616. Critique et solutions favorables à la liberté de création. Cependant, comme l'a souligné le TGI de Nancy, permettre aux propriétaires d'interdire à une personne de reproduire un bien meuble ou immeuble « *aboutirait à empêcher toute œuvre créatrice de l'esprit picturale ou photographique qui serait la reproduction d'un bien appartenant à une personne privée ou publique étant rappelé que, en principe, toute œuvre artistique a pour vocation à être commercialisée* »²⁸⁴⁴. B. GLEIZE estime que les juges appréhendent la liberté de création dans son ensemble, jusqu'à la commercialisation de l'image²⁸⁴⁵, dans la mesure où « *le volet économique du droit d'auteur est indissociable de la liberté de création* »²⁸⁴⁶. Selon son analyse, le rejet des prétentions du propriétaire du bien tiendrait au fait que dans le cas contraire, toute création à partir d'un bien serait impossible. En effet, il conviendrait de ne pas distinguer entre les biens meubles et immeubles²⁸⁴⁷, dans la mesure où le seul élément à prendre en compte est le fait que seul le propriétaire peut interdire ou non la reproduction de ce qui lui appartient.

Ainsi, le tribunal de grande instance de Paris avait déjà eu à déterminer si un propriétaire pouvait interdire la reproduction de son bien à un artiste²⁸⁴⁸. Tout d'abord saisi en référé, le tribunal a ordonné la levée de la saisie du tableau reproduisant l'immeuble. En effet, s'il ne pouvait déterminer si le tableau était une reproduction illicite de l'immeuble, l'illicéité

²⁸⁴² G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, éd. Armand Colin, 8^e éd., Paris, 2009, p. 10 et suiv.

²⁸⁴³ Le droit de propriété est consacré par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ».

²⁸⁴⁴ TGI Nancy, 21 juin 1991, *Gazette du palais*, 1992, semestre 1, p. 232

²⁸⁴⁵ B. GLEIZE, *La protection de l'image des biens*, éd. Defrénois, Lextenso éd., collection de thèses, tome 33, 2008, n° 392

²⁸⁴⁶ *Ibid.*

²⁸⁴⁷ E. DREYER, « Image des choses », *jurisclasseur communication*, fasc. 3760, 2006, n° 2

²⁸⁴⁸ TGI Paris ord. Réf., 17 mars 1970, *Gazette du Palais*, 21 juillet 1970, 2, p. 74, *RIDA* janvier 1971, p. 182. TGI Paris, 1^{re} ch., 10 février 1971, *RIDA* LXVIII, avril 1971, p. 237



n'était pas suffisamment apparente. Le vice-président du tribunal a soulevé l'absence d'atteinte subie par le propriétaire, ainsi que la liberté de création de l'artiste à partir d'éléments existants²⁸⁴⁹. Cette mise en perspective des intérêts du propriétaire et du créateur a conduit le tribunal à écarter le droit du propriétaire sur l'image de son bien au profit de la liberté de création du peintre²⁸⁵⁰.

Par l'arrêt du 10 mars 1999, la cour de cassation a restreint la liberté de création et a instauré un droit à l'image du bien au profit du propriétaire (B).

B) La restriction de la liberté de création par le droit du propriétaire sur l'image de son bien

617. L'arrêt du 10 mars 1999 remettant en cause la liberté de création. L'arrêt qui a été rendu le 10 mars 1999 a posé comme principe que « *le propriétaire a seul le droit d'exploiter son bien, sous quelque forme que ce soit* » et que « *l'exploitation du bien sous la forme de photographies porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire* ».

Il s'agissait en l'espèce de la reproduction sous forme de cartes postales d'un café célèbre, exposé à la vue du public, par un tiers. Celle qui se disait propriétaire exploitait elle-même l'image du café par ce même biais²⁸⁵¹. Cet arrêt a été rendu sous le visa de l'article 544 du code civil.

Ce que la cour conteste c'est le droit d'« *exploitation* » qui porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire, elle ne semble pas remettre en cause la réalisation de la photographie. Elle opérerait ici une distinction entre l'aspect purement artistique et l'aspect commercial²⁸⁵², entre la liberté d'entreprendre et la liberté d'expression²⁸⁵³. Cette dichotomie

²⁸⁴⁹ TGI Paris ord. Réf., 17 mars 1970, Gazette du Palais, 21 juillet 1970, 2, p. 74, RIDA janvier 1971, p. 182 : d'une part, « *l'œuvre picturale ... ne résulte pas d'un empiètement matériel critiquable sur la propriété d[u] propriétaire du château,] elle ne constitue pas une divulgation de l'image de sa propriété, à travers laquelle la personne du propriétaire pourrait souffrir d'une atteinte quelconque* » et d'autre part, « *il s'agit en définitive, d'une œuvre, fruit de la liberté créatrice de l'artiste* »...

²⁸⁵⁰ Voir notamment la note de J. SAUTON et J. PONELLE, sous TGI Paris ord. Réf., 17 mars 1970, Gazette du Palais, 21 juillet 1970, 2, p. 75 pour lesquels, « *le droit de propriété du Code civil, même vu de la façon la plus exhaustive, ne pouvait s'annexer cette défense de peindre, impérative comme une défense d'afficher* ». De plus, les auteurs soulignent qu'« *on ne décèle pas au surplus ici trace de préjudice matériel ... non plus qu'un préjudice moral* ».

²⁸⁵¹ Il est apparu devant la cour d'appel de renvoi en effet, que celle-ci n'était pas la propriétaire du café en question : CA Rouen, 1^{re} ch., 13 mars 2001, comm. Ch. CARON, *com. com. électr.* 2001, comm. 45 ; J.-M. BRUGUIERE, *Légipresse* 2001 n°182, III, p.95

²⁸⁵² Dans ce sens, voir par exemple H. PERINET-MARQUET, « Droit des biens », *JCP G*, n° 42, 20 Octobre 1999, I 175, n°2

²⁸⁵³ H. PERINET-MARQUET, « Droit des biens », *JCP G*, n° 42, 20 Octobre 1999, I 175, n°2 qui estime que l'arrêt ne va pas à l'encontre de la liberté d'expression.



ne devrait pas subsister, la liberté de création peut en effet difficilement exister sans la commercialisation des créations.

Cette notion même d'exploitation commerciale est discutable, au moins dans l'appréciation qui en est faite. Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris²⁸⁵⁴, il n'y avait pas exploitation commerciale lorsque l'image « *servait uniquement à illustrer le sujet de l'ouvrage en représentant ledit château* ». L'ouvrage était consacré à la découverte du patrimoine français. Cette représentation « *répondait à un souci pédagogique d'information relevant du principe constitutionnel de la liberté d'expression* »²⁸⁵⁵. En l'espèce, les livrets en question étaient offerts par des stations-service à leurs clients et avaient donc une finalité promotionnelle. Le propriétaire a été débouté. En revanche, lorsque le but était considéré comme commercial, comme pour les cartes postales, le droit du propriétaire, dont le bien était le sujet principal de l'image, prévalait²⁸⁵⁶.

618. Les raisons de l'extension du droit du propriétaire. Du point de vue du droit des biens, J. SAINTE-ROSE fait valoir l'antériorité des droits du propriétaire par rapport à ceux de celui qui voudrait le reproduire²⁸⁵⁷. Cet argument est surprenant, étant donné que les droits ne sont pas de même nature.

Ensuite, si l'on estime que l'image des biens est une nouvelle utilité du droit de propriété, celui-ci ne peut être restreint que par l'intérêt général²⁸⁵⁸. Dans le cas de l'image des biens, ce n'est pas l'intérêt général qui est en cause, mais l'intérêt de « *professionnels de la*

²⁸⁵⁴ CA Paris, 4^e ch., 31 mars 2000, comm. Ch. CARON, « Image des biens: la Cour d'appel fait de la résistance ! », mai 2000, n°5, p. 19 ; Ch. ALLEAUME, « Droit à l'image des biens: dissidence de la Cour d'appel de Paris », *Légipresse*, n°173, juillet 2000, III, p. 115 ; S. BENOLIEL-CLAUX, « Reproduction non autorisée d'un château », *Gazette du palais*, 28 novembre 2000, n°333, p. 35

²⁸⁵⁵ CA Paris, 4^e ch. Section B, 31 mars 2000, comm. Ch. CARON, « Image des biens: la Cour d'appel fait de la résistance ! », mai 2000, n°5, p. 19 ; Ch. ALLEAUME, « Droit à l'image des biens: dissidence de la Cour d'appel de Paris », *Légipresse*, n°173, juillet 2000, III, p. 115 ; S. BENOLIEL-CLAUX, « Reproduction non autorisée d'un château », *Gazette du palais*, 28 novembre 2000, n°333, p. 35

²⁸⁵⁶ Cass. 1^{re} civ., 25 janvier 2000, bull. civ. I, n°24 : « *Attendu que les juges du fond ont caractérisé le trouble manifestement illicite causé à M. X... par la commercialisation de cartes postales, représentant la péniche dont il est propriétaire, en retenant que cette péniche étant le sujet principal de l'image* », à propos de cet arrêt, la protection du propriétaire dépend du fait que l'image du bien soit le sujet principal de l'image : J. SAINTE-ROSE, avis à propos de cass. ass. plén., 7 mai 2004, « L'image des biens », *petites affiches*, 10 janvier 2005, n°6, p. 8 et suiv.

²⁸⁵⁷ J. SAINTE-ROSE, avis à propos de Cass. ass. plén., 7 mai 2004, « L'image des biens », *Petites affiches*, 10 janvier 2005, n° 6, p. 8 et suiv.

²⁸⁵⁸ Voir notamment E. DREYER, « L'image des biens devant l'Assemblée plénière : ce que je vois est à moi ... », *Dalloz*, 2004, p. 1545, n°11 : l'exercice du droit de propriété ne peut être limité que pour l'intérêt général par le législateur et moyennant indemnité.



communication », ce qui reviendrait à autoriser « *une sorte d'expropriation pour cause d'utilité privée, sans contrepartie* »²⁸⁵⁹.

619. Les fondements d'une telle extension. Le droit sur l'image de son bien constituerait un élément du droit de propriété. Il ne s'agirait de rien d'autre que d'un « *aspect nouveau* » du droit de propriété, celui-ci conférant la « *totalité des utilités de son bien... dès lors qu'aucun texte particulier ne vient limiter son droit* »²⁸⁶⁰.

Deux visions s'opposent. S'il semblerait que celle défendue par l'avocat général Sainte-Rose est cohérente au regard du droit des biens, elle est en revanche « *illégitime dès lors qu'elle est confrontée au droit d'auteur* »²⁸⁶¹.

L'avocat général J. SAINTE-ROSE a plus particulièrement expliqué comment le droit du propriétaire pouvait être étendu à l'image de son bien. Il fait notamment le parallèle avec les dispositions du code civil permettant au propriétaire de limiter la vue de leur bien aux tiers, en particulier l'article 647 du code civil qui donne le droit au propriétaire de se clore²⁸⁶².

Le recours à la notion de faute est décrié en particulier par J. SAINTE-ROSE, pour lequel il y a une confusion entre le droit de la responsabilité et le droit de propriété. En effet, ce dernier étant un droit subjectif, le constat d'une atteinte suffit. Il n'est donc normalement pas nécessaire de constater une faute, exigée lorsque les juges se réfèrent à un trouble certain.

Or il semblerait que considérer l'image des biens comme une prérogative du propriétaire, remet en cause les spécificités propres à l'immatériel. En effet, pour stimuler la création, les droits de l'auteur sont limités dans le temps, ce qui n'est pas le cas du droit de propriété. Cela entraîne une restriction inacceptable du domaine public²⁸⁶³.

De plus, l'article L. 111-3 CPI²⁸⁶⁴ affirme l'indépendance de la propriété du support matériel par rapport à celle de l'œuvre incorporelle.

²⁸⁵⁹ J. SAINTE-ROSE, avis à propos de Cass. ass. plén., 7 mai 2004, « L'image des biens », *Petites affiches*, 10 janvier 2005, n° 6, p. 8 et suiv.

²⁸⁶⁰ *Ibid.*

²⁸⁶¹ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n°303

²⁸⁶² Article 647 du code civil : « *Tout propriétaire peut clore son héritage, sauf l'exception portée en l'article 682* ».

²⁸⁶³ Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n°303

²⁸⁶⁴ Article L 111-3 al 1^{er} CPI : « *La propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel* ».



Enfin, pour les professionnels de l'illustration cela aboutirait à des contraintes excessives, notamment financières.

620. Justification (discutable) de la restriction de la liberté de création. Pour refuser tout droit au créateur, certains s'appuient sur le fait que le créateur n'est pas forcément celui qui utilise la photographie. Ainsi, le créateur, souvent photographe, peut vendre le cliché à un tiers, qui l'utilisera dans des publicités, pour des cartes postales. L'équilibre des droits se déplace alors entre l'utilisateur du cliché, qui n'a fait qu'acheter celui-ci à des fins lucratives et le propriétaire du bien, qui a investi fortement dans son bien, qui l'entretient. Dès lors, ce n'est plus la liberté de création qui s'oppose au droit du propriétaire, mais la liberté d'entreprendre d'un tiers à partir d'un bien face au droit de propriété.

La liberté de création était cependant trop restreinte, et accorder un droit au propriétaire sur l'image de son bien était difficilement justifiable. Il y a donc eu un recul de la jurisprudence, favorable aux créateurs.

C) L'évolution postérieure : le recul

621. La liberté de création justifiée par un souci pédagogique. Cette solution, sans être visiblement remise en cause²⁸⁶⁵ a fait l'objet d'aménagements.

Le 31 mars 2000 la Cour d'appel de Paris a refusé la protection de l'image d'un bien, dans la mesure où le dessin « *ne constituait pas une exploitation commerciale de ce monument, mais répondait à un souci pédagogique d'information relevant du principe constitutionnel de la liberté d'expression* »²⁸⁶⁶.

622. Le trouble manifestement illicite déduit de la photographie du bien. En 2000, la cour de cassation ne se contente plus de se référer au droit de propriété, mais retient que le bien, en l'occurrence une péniche, qui tenait lieu d'habitation pour son propriétaire, était le sujet principal de la photographie, et que cela causait un trouble manifestement illicite à son propriétaire²⁸⁶⁷.

623. Le recours à la notion de trouble certain, favorable à la liberté de création. Les juges limitent le droit du propriétaire sur son image, par la reconnaissance d'un trouble certain. Le fondement permettant de faire valoir les droits du propriétaire du bien sur l'image

²⁸⁶⁵ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 2012, n° 411

²⁸⁶⁶ CA Paris, 4^e ch., 31 mars 2000, comm. Ch. CARON, « Image des biens: la Cour d'appel fait de la résistance ! », mai 2000, n°5, p. 19

²⁸⁶⁷ Cass. 1^{re} civ. 25 janvier 2000, bull. civ. I, n°24, *Dalloz*, 2000, IR, p. 61



de celui-ci est ici encore l'article 544 du code civil. L'image en question était celle d'un îlot. Elle avait été achetée par le comité régional de tourisme de Bretagne, qui l'a utilisée dans une campagne publicitaire. La Cour d'appel avait fait prévaloir les droits du propriétaire de l'îlot, en précisant que celui-ci était « *au premier plan* », le « *sujet essentiel* » de l'affiche. La première chambre de la cour de cassation ne revient pas sur la place occupée par le bien sur l'image, mais casse l'arrêt au motif que les juges auraient dû « *préciser en quoi l'exploitation de la photographie par les titulaires du droit incorporel de son auteur portait un trouble certain au droit d'usage ou de jouissance du propriétaire* »²⁸⁶⁸. Pour G. LOISEAU, ce n'est pas un revirement même si la propriété est circonscrite. Dans cet arrêt, la référence au « *trouble certain au droit d'usage et de jouissance du propriétaire* », est un argument contestable pour E. DREYER. En effet, la preuve d'un trouble ne doit pas être prise en considération²⁸⁶⁹ dans la mesure où le droit de propriété est un droit subjectif. L'image est toujours considérée comme un attribut du droit de propriété. De même pour la reproduction d'un site naturel, en l'occurrence plusieurs milliers d'hectares d'un paysage d'Auvergne, utilisée dans une publicité, les juges ont estimé que les propriétaires ne rapportaient pas la preuve d'un trouble certain²⁸⁷⁰.

La deuxième chambre de la cour de cassation a déclaré « *erroné mais surabondant* » le motif « *selon lequel le « droit à l'image » serait un attribut du droit de propriété* »²⁸⁷¹.

624. Le trouble anormal limitant les prérogatives du propriétaire sur l'image du bien. Dans un arrêt du 7 mai 2004, rendu par l'assemblée plénière de la cour de cassation, l'idée que l'image du bien est un attribut du droit de propriété a semble-il été abandonnée. En l'espèce, l'image d'un immeuble historique avait été reproduite sur un dépliant faisant la publicité de l'implantation d'une future résidence dans les environs, sans l'autorisation des propriétaires dudit immeuble. La cour a refusé de faire valoir les intérêts du propriétaire du bien au motif que « *le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci ; (...) il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal* »²⁸⁷². Si la liberté de création s'opposait toujours au droit de propriété, la hiérarchie entre les deux prérogatives s'est alors inversée, plus

²⁸⁶⁸ Cass. 1^{re} civ., 2 mai 2001, bull. civ. I, n° 114

²⁸⁶⁹ E. DREYER, « L'image des biens devant l'Assemblée plénière : ce que je vois est à moi ... », *Dalloz*, 2004, p. 1545, n°11

²⁸⁷⁰ TGI Clermont-Ferrand, 1^{re} ch. Civ., 23 janvier 2002, note E. DERIEUX, « Protection de l'image des biens et droit de propriété », *Légipresse* n°191, mai 2002, III, p. 84: Pour l'auteur, « *En matière de photographie d'un bien, un équilibre entre le droit de propriété et la réparation d'un trouble et d'un préjudice, d'un côté, et liberté d'entreprendre, d'expression et de création, de l'autre, devrait pouvoir être trouvé par les juges...* ».

²⁸⁷¹ Cass. 2^e civ., 5 juin 2003, *Dalloz* 2003, jurispr. p. 2461

²⁸⁷² Cass. ass. Plén. 7 mai 2004, Bull. 2004 A. P. n° 10 p. 21



exactement, le droit du propriétaire sur l'image de son bien ne prime pas, mais doit être mis en concurrence avec les droits des tiers sur l'image de ce bien. Ce changement a modifié la place accordée à la liberté de création, qui ne se trouve alors restreinte que par des intérêts « *supérieurs* » et non par le bon vouloir des propriétaires de bien, qui n'ont de droit de propriété que sur le bien lui-même. Cette solution est critiquable. Le trouble anormal fait penser au trouble du voisinage. Pour J. SAINTE-ROSE, il s'agit d'un contresens, pour E. DREYER, d'une notion juridiquement douteuse²⁸⁷³. « *On ne saurait trouver dans le rapport de l'entreprise de promotion immobilière avec le propriétaire du bien l'équivalent du voisinage qui existe entre deux propriétaires de terrains contigus* »²⁸⁷⁴.

Le recul de la prise en compte des intérêts du propriétaire a permis d'équilibrer ceux-ci avec les intérêts des créateurs (§ 2).

§2 : L'équilibre entre les différents intérêts à propos de l'image des biens

625. La portée de l'arrêt du 7 mai 2004. Par un arrêt rendu en assemblée plénière le 7 mai 2004²⁸⁷⁵, la jurisprudence antérieure a été abandonnée²⁸⁷⁶. Ch. CARON estime que le droit à l'image des biens n'existe plus depuis l'arrêt de 2004.

²⁸⁷³ E. DREYER, « L'image des biens devant l'Assemblée plénière : ce que je vois est à moi ... », *Dalloz*, 2004, p. 1545, n° 12

²⁸⁷⁴ J. SAINTE-ROSE, avis à propos de Cass. ass. plén., 7 mai 2004, « L'image des biens », *Petites affiches*, 10 janvier 2005, n° 6, p. 8 et suiv.

²⁸⁷⁵ Cass. ass. plén. 7 mai 2004, bull. civ. n° 10; E. DREYER, « L'image des biens devant l'Assemblée plénière : ce que je vois est à moi... », *Dalloz* 2004, p. 1545, J.-M. BRUGUIERE, « Image des biens : la troublante métamorphose », *Dalloz* 2004, p. 1545 ; N. REBOUL-MAUPIN, « Image des biens : droit exclusif et trouble anormal », *Dalloz* 2004, Somm. p. 2406 ; Ch. CARON, « Requiem pour le droit à l'image des biens », *JCP* 2004. II. 10085 ; E. TRICOIRE, in B. BEIGNIER, B. DE LAMY, E. DREYER, J.-C. MARTY, N. TAVIEAUX-MORO, E. TRICOIRE, « Droit de la presse et des médias », *JCP G* 2004, I. 147, n° 12 ; G. VINEY, « Responsabilité civile », *JCP G* 2004, I. 163, n° 24 s. ; H. PERINET-MARQUET, « Droit des biens », *JCP G* 2004, I. 171, n° 1 ; L. TELLIER-LONIEWSKI et F. REVEL DE LAMBERT, *Gazette du palais* n° 109, 19 avril 2005, p. 51, 1256 ; S. PIEDELIEVRE, A. TENENBAUM, *Defrénois* novembre 2004, n° 22, p. 1554 ; Th. REVET, « La cour de cassation teste une nouvelle figure juridique : le propriétaire non-propriétaire », *Droit et patrimoine*, juillet-août 2004, étude p. 34 ; J. SAINTE-ROSE, avis de l'avocat général « Image des biens », *les petites affiches* 10 janv. 2005, n° 6, p. 8 ; F. SIIRIAINEN, « Une autre image de « l'image des biens » ... et de propriété », *comm. comm. électr.*, n° 10 octobre 2004, étude 35 ; Th. REVET, « Image des biens », *RTD civ.* 2004, p. 528 ; Ch. ATIAS, « Les biens en propre et au figuré, destination du propriétaire et disqualification de la propriété », *Dalloz* 2004, p. 1459. Voir également : Cass. 1^{re} civ. 5 juillet 2005 : Bull. civ. I, n° 297 ; B. MALLET-BRICOURT, N. REBOUL-MAUPIN, *Dalloz* 2006, Pan. p. 2363 et suiv. spéc. p. 2367, obs. N. REBOUL-MAUPIN ; B. DAUSSY-ROMAN, « Image des biens : la cour de cassation persiste et signe », *Gaz. Pal.* 18 octobre 2005, n° 291, p. 14 ; Ch. CARON, « Image des biens : la Cour de cassation conserve le cap de la raison ! », *com. comm. électr.* octobre 2005, n° 148

²⁸⁷⁶ Pour VIVANT et BRUGUIERE, il y a eu un revirement de jurisprudence avec cet arrêt (*Droit d'auteur et droits voisins*, *Dalloz*, 2^e éd., 2012, n° 412).



Il n'a pas la même portée pour l'avocat général J. SAINTE-ROSE, qui estime que cet arrêt se situe « *dans le droit fil* » de la jurisprudence antérieure. D'une part, le bien est le sujet principal, d'autre part, la reproduction de l'image à des fins lucratives se rattache au droit de propriété²⁸⁷⁷.

626. La liberté de création limitée par une atteinte à l'intimité et à la tranquillité des propriétaires. En 2005, la cour de cassation estime que les propriétaires ne disposent pas d'un droit exclusif sur l'image de leur maison et que c'est à eux de prouver le trouble anormal que cause la reproduction. En l'espèce, les propriétaires n'apportent pas d'élément permettant de prouver que « *la reproduction litigieuse perturbait leur tranquillité et intimité ou que les indications de situation géographique, non critiquées par le moyen sous l'angle de la vie privée, permettaient de redouter en l'espèce un trouble quelconque* »²⁸⁷⁸. Si le trouble n'existe pas, il doit au moins être probable²⁸⁷⁹.

627. Limite : le trouble anormal. L'utilisation de l'image d'un bien peut être sanctionnée lorsqu'elle cause un trouble anormal. La solution de la cour de cassation a été réaffirmée, le propriétaire devant prouver le trouble anormal dans l'utilisation de son bien. Celui-ci n'est pas constitué par la privation des fruits de l'exploitation de l'image du bien²⁸⁸⁰. En revanche, « *l'utilisation commerciale dans toutes les directions d'une image dévalorisée du « Belem » [voilier, classé monument historique et nécessitant des dépenses importantes pour être restauré] (...) constitue de la part de la société [utilisant l'image du voilier], non une atteinte au droit de propriété de la fondation « BELEM », mais un trouble anormal apporté à celle-ci* »²⁸⁸¹. Le droit de propriété ne peut jouer, en revanche, des agissements parasites, tels que décrits ici sont constitutifs d'un trouble anormal. La cour de cassation a récemment fondé sa décision sanctionnant le trouble anormal sur la concurrence déloyale²⁸⁸².

628. La liberté de création prévaut. On peut estimer que la liberté de création doit être ce qui prime, malgré la possibilité d'une exploitation commerciale de l'image du bien. La liberté de création ne pourrait donc être restreinte pour des raisons économiques, qui peuvent

²⁸⁷⁷ J. SAINTE-ROSE, avis à propos de cass. ass. plén. 7 mai 2004, « L'image des biens », *petites affiches*, 10 janvier 2005, n°6, p. 8 et suiv.

²⁸⁷⁸ Cass. 1^{re} civ. 5 juillet 2005, pourvoi n°02-21.452

²⁸⁷⁹ B. DAUSSY-ROMAN, « Image des biens : la Cour de cassation persiste et signe », *Gazette du palais*, 18 octobre 2005, n°291, p. 14

²⁸⁸⁰ CA Orléans, 15 février 2007, n° de RG 06/00988, à propos de photographies prises par un professionnel d'un chien.

²⁸⁸¹ CA Orléans, ch. com., 10 novembre 2005

²⁸⁸² Cass. 1^{re} civ., 28 juin 2012, n° 10-28716, com. B. GLEIZE, *légipresse*, n° 301, janvier 2013, p. 26 et suiv.



faire partie de la liberté de création. B. GLEIZE estime que la liberté de création sort « renforcée » par les solutions données par les juges²⁸⁸³.

629. Conclusion du chapitre. Les droits de la personnalité des tiers sont opposés à la liberté de création, lorsque que les créateurs s'inspirent de ce(ux) qui les entourent. Le droit à la vie privée est ainsi considéré comme un droit d'égale valeur à la liberté d'expression et même à la liberté de création, protégé par le biais de la liberté d'expression. La création artistique est principalement en cause. Il s'agit de confronter la liberté de création artistique et le droit à la vie privée, au droit au nom, au droit à l'image. La vie privée constitue une limite sérieuse à la liberté de création, même s'il semble que la balance des intérêts soit favorable à la liberté de création. En effet, cette dernière peut être justifiée par le fait que la création traite d'un sujet d'intérêt général, ou qu'il fasse partie de l'histoire. Elle prévaut plus particulièrement car la gravité de l'atteinte est prise en compte. Néanmoins, la liberté de l'auteur d'une œuvre inspirée d'un fait divers est susceptible d'être limitée car la fiction et la réalité y sont mêlées. Dès lors, les faits fictifs pouvant être perçus comme vrais par le public, leur auteur a une obligation de prudence.

La liberté de création artistique, protégée par l'article 10 de la CEDH, comme par l'article 11 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, prévaut désormais sur le droit à l'image. En effet, seule une atteinte à la dignité²⁸⁸⁴ ou des conséquences d'une particulière gravité à la publication de l'image peuvent limiter la liberté de création.

L'image des biens a également fortement limité la liberté de création, dans la mesure où le propriétaire pouvait se prévaloir de son droit de propriété. Les juges, cherchant à limiter le droit du propriétaire sur l'image de son bien, ont eu recours au trouble anormal. Dès lors, ils ont pu retenir l'atteinte à l'intimité ou à la tranquillité des propriétaires, ou encore la concurrence déloyale, permettant ainsi une réelle conciliation des intérêts en cause. La liberté de création n'est en effet limitée que lorsqu'une atteinte est constatée.

630. Conclusion du titre. Les intérêts particuliers peuvent limiter la liberté de création. Cependant, il doit y avoir une atteinte à ces intérêts pour que la liberté de création soit limitée. Sont ainsi concernés, les propriétaires de bien dont l'image fait l'objet d'une création artistique, ceux dont la vie ou l'image sont utilisées. La liberté de création tend dès lors à

²⁸⁸³ B. GLEIZE, *La protection de l'image des biens*, éd. Defrénois, Lextenso éd., collection de thèses, tome 33, 2008, n°393

²⁸⁸⁴ CA Paris, 5 novembre 2008, *Légipresse* 2009, I, p. 57, Ch. BIGOT, « La liberté de création prévaut, dans certaines limites, sur le droit à l'image », *Dalloz*, 2009, p. 470



prévaloir. Un équilibre est recherché, mais elle ne peut être restreinte sans établir une atteinte supérieure à celle que pourrait subir le créateur à ne pas pouvoir créer ou communiquer son œuvre au public. Le respect de la vie privée ou encore le droit à l'image s'effacent ainsi, à moins que l'atteinte soit d'une particulière gravité, ou que la création soit contraire à la dignité humaine. L'association entre réalité et fiction peut également constituer un frein à la liberté de création. Si la liberté de création bénéficie désormais d'une protection par le biais des droits fondamentaux, en revanche, les créateurs peuvent limiter leur liberté de création par contrat. Dès lors, ils risquent de voir leur liberté limitée excessivement. Le recours à la notion même de la liberté de création est issu de la jurisprudence qui a opposé aux marchands de tableaux empêchant les contrats trop néfastes aux peintres. Il a ensuite été précisé qu'elle pouvait être restreinte avant création, et répondre donc aux contrats de commande. Elle a également servi à justifier l'application des limites à l'appropriation par le droit d'auteur. La liberté de création est donc de plus en plus invoquée par les créateurs d'œuvres de l'esprit. La liberté de création est protégée par le biais de la liberté d'expression issu à la fois de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen et de la convention européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle est confrontée aux droits des tiers non créateurs. La liberté de création artistique en particulier bénéficierait d'une large protection, spécifique, se démarquant ainsi de la liberté d'expression²⁸⁸⁵.

631. Conclusion de la partie. La liberté de création, lorsqu'elle est confrontée à d'autres intérêts, est considérée comme une liberté fondamentale. Elle bénéficie donc d'une protection forte. Elle peut néanmoins devoir céder face à l'ordre public et aux bonnes mœurs tout d'abord. Cette limite peut être intégrée aux droits de propriété industrielle. Face à la compréhension extensive de l'ordre public et le recours à l'éthique, résultant de l'évolution de la création, l'encadrement de la liberté des chercheurs et créateurs connaît un renouveau et la recherche de normes plus adaptée aux nouvelles créations industrielles. La dignité humaine constitue également une limite à la liberté de création, dans les différents secteurs de création, tout comme le droit à la santé. Si la restriction par l'ordre public et les bonnes mœurs, limite externe au droit d'auteur, existe, la libre création artistique tend à prévaloir. Elle bénéficie d'une protection particulière, qui est semble-t-il spécifique et différente de la liberté d'expression. La censure est donc restreinte. Dans sa confrontation avec d'autres droits ou libertés fondamentaux, l'exercice de la liberté de création est limité lorsqu'il porte une atteinte

²⁸⁸⁵ A. TRICOIRE, *Petit traité de la liberté de création*, éd. La découverte, 2011, p. 283 CA Paris, 5 novembre 2008, *Légipresse* 2009, I, p. 57, Ch. BIGOT, « La liberté de création prévaut, dans certaines limites, sur le droit à l'image, *Dalloz*, 2009, p. 470



d'une particulière gravité à la vie privée ou à l'image d'un tiers, ou présente un trouble anormal pour le propriétaire dont le bien a été utilisé. Si cela n'est pas le cas, la vie privée ou le droit à l'image, dans l'équilibre recherché avec la liberté de création, s'efface.

Cela ne signifie cependant pas que la liberté de création est absolue. Elle peut être limitée par contrat. Néanmoins, la liberté de création ne peut être totalement écartée. La préservation de la liberté de création s'est effectuée par le recours à la notion même de liberté de création. En effet, le droit d'auteur ne pouvant être appliqué avant création, le recours à cette notion a permis de garantir la liberté des créateurs. Elle a également rendu possible la limitation des droits d'auteur, en particulier du droit moral, hors de l'équilibre tel que prévu par le code de la propriété intellectuelle. La liberté de création a alors été considérée comme une liberté fondamentale, et rattachée à la liberté d'expression. Si cette solution n'est pas entièrement satisfaisante, elle a le mérite de poser la liberté de création comme principe. Les droits de propriété intellectuelle doivent permettre, non la seule appropriation de sa création par le créateur/investisseur mais un équilibre entre la protection de la création et la possibilité de la création future.

632. Conclusion générale. La liberté de création est essentielle à la société. Il s'agit de préserver, de permettre, voire de favoriser toutes créations, artistiques, techniques, utilitaires.... La liberté de création est protégée par de nombreuses dispositions, bien qu'elle ne soit mentionnée par aucun texte. Elle résulte de l'équilibre existant au sein des droits de propriété intellectuelle, dont le but est de garantir la liberté de création. Pour cela, des droits privatifs sont accordés aux créateurs, mais aussi à ceux qui permette la création, la finance et l'exploite. Les différentes limites de l'appropriation permettent la création future. Elles peuvent être constituées par des limites générales, la détermination de ce qui est ou non protégeable, par des exceptions à l'appropriation. Ces limites et exceptions sont adaptées aux nouvelles créations.

La liberté de création peut être limitée par les créateurs eux-mêmes, avant toute création. L'étendue de la liberté résulte alors d'un contrat. En revanche, elle ne peut être totalement niée. Les restrictions admissibles ont été déterminées par la jurisprudence.

Toutes les limites ne sont donc pas issues des droits de propriété intellectuelle. De plus, ils ne sont pas la seule protection de la liberté de création. Celle-ci peut être protégée par le recours aux droits fondamentaux. Ainsi, lorsqu'il s'agit de création artistique, la liberté de création est rattachée à la liberté d'expression et est garantie par l'article 10 de la CEDH. Dès lors, une



distinction doit être effectuée entre libre création artistique et libre création industrielle ou à but commercial. Le but exclusivement commercial réduit l'ampleur de la liberté de création, sauf lorsqu'elle est justifiée par la protection d'un autre droit, tel que le droit à la santé. En revanche, la liberté de création artistique est très étendue, notamment face aux propriétaires, ou à la protection de la vie privée. Elle a donc une valeur supra-légale.



BIBLIOGRAPHIE

I Ouvrages généraux et thèses

ABELLO A., *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008 (Thèse, 2006, Paris-Dauphine)

AGI M., *René CASSIN 1887 – 1976 Prix Nobel de la Paix*, Librairie académique Perrin, 1998

Mélanges AUDINET, PUF 1968

AZEMA J. et GALLOUX J.-C., *Droit de propriété industrielle*, précis Dalloz, 7^e édition, 2012

BECOURT D., *Livres condamnés livres interdits, régime juridique du livre, liberté ou censure ?*, Cercle de la librairie, Paris, 1972

BEIGNIER B., DE LAMY B., DREYER E. (dir.), *Traité de droit de la presse et des médias*, Litec, 2009

BELTRAN A., CHAUVEAU, S., GALVEZ-BEHAR G., BEFFA J.-L., *Des brevets et des marques. Une histoire de la propriété industrielle*, éd. Fayard, 2001, p. 113-114

BERGMANS B., *La protection des inventions biologiques – Une étude de droit comparé*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 369

BERNAULT C., *La propriété littéraire et artistique appliquée à l'audiovisuel*, LGDJ, Paris, 2003

BERTRAND A.,

- *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Dalloz, 2^e éd. 1999
- *Droit à la vie privée et droit à l'image*, Litec, 1999

BIGOT Ch., *Droit de la création publicitaire*, L.G.D.J., 1997

BLAIZOT-HAZARD C., *Droit de la recherche scientifique*, PUF, 2003

BOCHURBERG L., *Le droit de citation*, Masson 1994, Paris

BONCOMPAIN J., *La révolution des auteurs. Naissance de la propriété intellectuelle (1773-1815)*, Fayard, 2001

BORE L., *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, 1997

BOY L., *L'intérêt collectif en droit français, réflexion sur la collectivisation du droit*, Thèse, Nice, 1979

BRONZO N., *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, L'Harmattan, 2007



BRUGUIERE J-M., *L'exploitation de l'image des biens*, guide presse, Victoires Editions, 2005

Mélanges offerts à Jean-Jacques BURST, Litec, 1997

CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M.-A., REVET T. (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 18^e éd., 2012

CANLORBE J., *L'usage de la marque d'autrui*, Litec, 2007

CAPITANT H., TERRE F., LEQUETTE Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, dalloz, 12^e éd., 2007, tome 1

CARON Ch.,

- *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, Paris, 1998
- *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2009, 2^e éd.

CARRE S., *L'intérêt du public en droit d'auteur*, Thèse, Montpellier I, 2004

CASTETS-RENARD C., *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, 2003

Mélanges en l'honneur de C. CHAMPAUD, Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle, Dalloz, Paris, 1997

CHARDEAUX A., *Les choses communes*, L.G.D.J., 2006

Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier, service public et libertés, éd. de l'université et de l'enseignement moderne, Paris, 1981

CHARVIN R. et SUEUR J-J., *Droits et de l'homme et libertés de la personne*, Litec, 4^e édition

CHERPILLOD I., *L'objet du droit d'auteur*, CEDIDAC, Lausanne, 1985

CHOISY S., *Le domaine public en droit d'auteur*, thèse Paris, II, 2001

Libertés, justice, tolérance, mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN, volume 2, Bruyant, Bruxelles 2004

COLOMBET C., *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz 1999

Mélanges Colomer, Litec, 1993

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association Henry Capitant, PUF, 2007, 8^e éd.

CORNU M., LAMBERTERIE I. DE, SIRINELLI P., WALLAERT C. (dir.), *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, éd. CNRS éditions 2003

DABIN J., *Le droit subjectif*, Dalloz, Paris, 1952, 313 p.



Mélanges DECOCQ, une certaine idée du droit, Litec, 2004

DENOIX de SAINT MARC S., *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, Litec, 1999

DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978

DRAI L., *Le droit du travail intellectuel*, LGDJ, 2005

DREYER E., *Le dépôt légal essai sur une garantie nécessaire au droit du public à l'information*, (Thèse) L.G.D.J., Bibl.dr.privé., Paris, 2003

Etudes offertes à Jacques DUPICHOT, liber amicorum, Bruylant, Bruxelles 2004

DUSOLLIER S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Larcier, 2007

EDELMAN B.

- *La propriété littéraire et artistique*, Que sais-je ? 4^e édition, PUF 2008
- *Le sacre de l'auteur*, Essai, Seuil, 2004

FAVOREU L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., MESTRE J.-L., PFERSMANN O., ROUX A., SCOFFONI G., *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, 14^e édition, 2012

FOYER J. et VIVANT M., *Droit des brevets*, PUF, 1991

FRAISSINIER V., *La liberté d'entreprendre. Etude de droit privé*, thèse, la réunion, 2006, n°34

FRANCON A., *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Litec, Les cours de droit, 1999

Propriétés intellectuelles. Mélanges en l'honneur de André FRACON, Dalloz 2005

FRISON-ROCHE M.-A. et ABELLO A. (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, L.G.D.J. 2005

GAUDREAULT-DESBIENS J.-F., *La liberté d'expression entre l'art et le droit*, les presses de l'université de Laval, Liber, Laval, 1996

GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, Presses universitaires de France, coll. Classiques, 6^e édition, 2007

GAUMONT-PRAT H., *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 2^e éd., 2009

GEIGER Ch., *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, Paris, 2004 (thèse, Montpellier 1)



GEIGER Ch., BOUYSSI-RUCH M., HILTY R., *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, éd. Litec, 2007

GEIGER Ch. et SCHMIDT-SZALEWSKI J. (dir.), *Les défis du droit des marques au XXI^e siècle. Actes du colloque en l'honneur du professeur Yves Reboul*, Litec, 2010

GLEIZE B., *La protection de l'image des biens*, Defrénois, Thèse,

GOBIN A., *Le mécénat, histoire droit fiscalité*, entreprise moderne d'édition, Paris, 1987

GRZEGORCZYK Ch., *La théorie des valeurs et le droit. Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1982

GUTMAN D., *Le sentiment d'identité*, thèse, Paris II, 1996

HADDADIN S., « Essai sur une théorie générale en droit d'auteur », thèse, Poitiers, 22 novembre 2008

HENAFF P., *Le faux artistique*, thèse, Nantes, 2005

HERMITTE M.-A. (dir.), *La liberté de la recherche et ses limites, approches juridiques*, éd. Romillet, 2001

HEYMANN-DOAT A., *Liberté et droits fondamentaux*, Montchrétien, 1995

Mélanges dédiés à Dominique Holleaux, Litec, 1990

IONESCU O., *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, Bruylant, Bruxelles, 1978

Contrefaçon sur internet. Les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.0, colloque de l'IRPI, Litec, 2009

JOLY S., *La création artistique et l'ordre public*, thèse, Montpellier I, 1999

JOSSERAND L., *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2^e éd. 1939

KAYSER P., *La protection de la vie privée par le droit*, PUAM, 3^e éd., 1999

KERHOAS M., *Les obstacles juridiques préventifs à la liberté de création*, Mémoire de DESS, Bordeaux IV, 2004

LALIGANT O., *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création*, PUAM, 1999

Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert, Bruylant, Bruxelles, 2000

LEBRETON G., *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Colin, 8^e édition, 2009



LEQUETTE – DE KERVENOAËL S., *L'authenticité des œuvres d'art*, LGDJ, 2006

Droit et technique : études à la mémoire de Xavier Linant de Bellefonds, éd. Litec, 2007

LOISEAU G., *Le nom objet d'un contrat*, L.G.D.J., 1997

LUCAS A. et H.-J., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., Paris, 2006

LUCAS A., LUCAS H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., Paris, 2012

LUCAS A., DEVEZE J., FRAYSSINET J., *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, novembre 2001

MACREZ, F., *Créations informatiques: bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, Litec, 2011

MALAURIE-VIGNAL M., *Droit de la concurrence*, Armand colin, 2^e éd., 2003

MARINO L., *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, 2013

MARTEU Th., *Les informations génétiques saisies par le brevet d'invention*, thèse, Nice, 2009

MARTIN HÜBNER N., *Les influences philosophiques sur la doctrine du droit d'auteur en Allemagne et en France. Kant, Fichte, Hegel et Schopenhauer*, thèse 9 décembre 2005, Montpellier I

MARTY G. et RAYNAUD P., *Droit civil, Les personnes*, Sirey 1967

Mélanges dédiés à Paul Mathély, Litec, 1990

Mélanges Mouly, Litec, 1998

Pouvoir et liberté, études offertes à Jacques Mourgeon, Bruylant Bruxelles, 1998

MORILLOT A., *De la protection accordée aux œuvres d'art, aux photographies, aux dessins et modèles industriels et aux brevets d'invention dans l'Empire d'Allemagne*, Cotillon et Cie, éditeurs, Paris, 1878

MORVAN P., *Le principe de droit privé*, Paris : LGDJ : Université Panthéon-Assas, 1999

OGANOV G., *Le socialisme et la liberté de création*, thèse, édition de l'agence de presse Novosti, 1975

PASSA J.,

- *Traité de droit de la propriété industrielle*, tome 1, LGDJ, 2006
- *Droit de la propriété industrielle*, tome 1, marques et autres signes distinctifs, dessins et modèles, L.G.D.J., 2009
- *contrefaçon et concurrence déloyale*, Litec, Paris, 1997



PEDAMON M., KENFACK H., *Droit commercial*, précis Dalloz 2011, 3^e éd.

PFISTER L., *L'auteur, propriétaire de son œuvre ? La formation du droit d'auteur du XVI^e siècle à la loi de 1957*, thèse, Strasbourg III, 1999

PIERRAT E.

- *Le droit du livre*, Electre-Editions du Cercle de la Librairie, Paris, 2000
- *Le droit d'auteur et l'édition*, Edition du cercle de la librairie, Paris, 2005
- *La guerre des copyrights*, Fayard, Paris 2006

PIRONON V., *Droit de la concurrence*, Gualino, lextenso éd., Paris 2009

L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, éd. Frison-Roche, Paris, 2003

Etudes sur la propriété industrielle, littéraire et artistique. Mélanges Marcel PLAISANT, Sirey, 1960

POLLAUD-DULIAN F.

- *Le droit d'auteur*, Economica, collection corpus, Paris, 2005
- *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999
- *La propriété industrielle*, éd. Economica, 2011
- *La brevetabilité des inventions. Etudes comparatives de jurisprudence, France-OEB*, Litec, 1997

POUILLET E., *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, LGDJ, 8^e éd. 1908

RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial. Infractions du code pénal*, Dalloz, 6^e éd. refondue, 2011

RAYNARD J., *Droit d'auteur et conflit de lois, essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, 1990

RECHT P.

- *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ, 1969
- *Le droit d'auteur : une nouvelle forme de propriété, histoire et théorie*, LGDJ, 1969

RENOUARD A.-C.

- *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Jules Renouard et compagnie, libraires, Paris, 1838
- *Traité des brevets d'invention*, Guillaumin, libraire, Paris, 1844

REVEL E., *Les rapports entre propriété et responsabilité dans la protection de l'immatériel*, thèse, NICE, 13 juin 2008

REVET T., *La force du travail*, Paris, Litec, 1992

Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges RIPERT, tome 1, études générales, droit de la famille, Paris, LGDJ, 1950



ROUBIER P.

- *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2^e éd. 2005 (publié éd. Sirey, 1951)
- *Le droit de la propriété industrielle*, tome 1, partie générale, Librairie du Recueil Sirey, 1952
- *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Paris, 1963

Mélanges en l'honneur de Paul Roubier : droit privé, propriété industrielle, littéraire et artistique, Dalloz et Sirey, 1961

RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, Paris, 2^e éd., 1955

Mélanges offerts à René Savatier, Dalloz, 1965

SCHMIDT J., *L'invention protégée*, Litec, 1972

SCHMIDT-SZALEWSKI J. et PIERRE J.-L., *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 2^e éd., 2001

SFEZ L., *Dictionnaire critique de la communication*, PUF, 1993

SIRINELLI P., *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse Paris II, sous la direction de M. André FRANCON, 1985

STOWEL A. et TULKENS F. (dir.), *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Larcier, 2006

STROMHOLM S., *Le droit moral de l'auteur en droit Allemand, Français et Scandinave, avec un aperçu de l'évolution internationale, étude de droit comparé*, Stockholm, 1967

STRUBEL X., *La protection des œuvres scientifiques en droit d'auteur français*, CNRS éd., Paris, 1997

TAFFOREAU P., MONNERIE C., *Droit de la propriété intellectuelle*, éd. Gualino, 3^e éd., 2012

L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré

TERRE F., *Introduction générale au droit*, Dalloz, 5^e éd., 2000

TERRE F., SIMLER Ph., *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 2010, 8^e éd.

TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10^e éd., 2009

TREFIGNY P., *L'Imitation : contribution à l'étude juridique des comportements référentiels*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2000

TRICOIRE A.

- (sous la direction de) *La création est-elle libre ?*, éd. Le bord de l'eau, 2003



- *Petit traité de la liberté de création*, éd. La Découverte, Paris, 2011

VERGNAUD Ph., *Les contrats conclus entre peintres et marchands de tableaux*, Thèse, éd. Duchemin, Paris, 1958

VILLEY M.

- *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 2009 (1983)
- *Philosophie du droit, I. Définitions et fins du droit*, 3^e éd., Dalloz 1982

VIVANT C., *L'historien saisi par le droit*, éd. Dalloz, 2007

VIVANT M. (dir.)

- *Les créations immatérielles et le droit*, éd. Ellipses, Paris, juillet 1997
- *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz, 2004
- *Le droit des brevets*, 2^e éd., Dalloz, connaissances du droit, 2005
- L. RAPP, B. WARUSFEL, N. MALLET-POUJOL, F. LICHÈRE, J.-L. BILON, G. VERCKEN, *Lamy droit du numérique*, 2012

VIVANT M. et BRUGUIÈRE J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, précis Dalloz, 2^e édition, 2012

Les droits de l'esprit, six études sur les aspects culturels de la déclaration universelle des droits de l'homme réunies par l'Unesco, Sirey Paris, 1950

WALRAVENS N., *L'œuvre d'art en droit d'auteur, Forme et originalité des œuvres d'art contemporaines*, Economica, collection Patrimoine, ville, 2005

ZENATI-CASTAING F. et REVET Th., *Manuel de droit des personnes*, PUF, 2006, n°327

ZOLLINGER A., *Droit d'auteur et droits de l'homme*, thèse, Poitiers, 2006

II Articles de doctrine et notes

A. C., « Conditions de la protection d'un modèle de jouet en forme d'animal », *JCP G* 2000 II 10441

ABELLO A.

- « La propriété intellectuelle, une « propriété de marché », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, sous la direction de FRISON-ROCHE M.-A. et ABELLO A., L.G.D.J. 2005, p. 341 et s.

ABELLO M. et TASSI J., « Le ballet jurisprudentiel sur la déchéance pour défaut d'exploitation en cas de dépôts de marques multiples », *propriétés industrielles*, n°7 juillet 2009, étude 15

ADER B.

- note sous Cass., ass. Plénière, 12 juillet 2000, « Liberté de la satire et de la caricature », *légipresse* n°175, octobre 2000 III, p. 162 ; *RTD civ.*, octobre décembre 2000,



p.845

- note sous cass. crim. 11 mars 2008, bull. crim. n°208, « Bonne foi : la chambre criminelle à l'heure de la jurisprudence européenne sur les questions d'intérêt général », *Légipresse*, juillet 2008, n° 253, III, p. 130

- note sous cass. crim. 12 mai 2009, « L' « intérêt général », fait justificatif primordial de la bonne foi du diffamateur », *Légipresse* n° 266, novembre 2009, III, p. 225

- B.A., note sous CA Reims, 9 février 1999, « Reconnaissance du « droit à l'humour » », *légipresse*, n°161, mai 1999, III Cours et tribunaux, p.67

- « La caricature, exception au droit à l'image », *Legicom*, octobre-novembre-décembre 1995, n°10, p.10

AGI M., « la déclaration universelle des droits de l'homme 1948-98, avenir d'un idéal commun, actes du colloque des 14, 15 et 6 septembre 1998 à la Sorbonne », p. 171

AGOSTINELLI X., « Les limites au droit moral de l'auteur », *Revue de la Recherche Juridique, droit prospectif* 1995-2, PU d'Aix-Marseille, p.583

AGOSTINI E.

- note sous civ. 1^{re}, 10 mars 1999, Conclusions de M. Jerry SAINTE-ROSE, *Dalloz*, 1999, jurisprudence p. 319 concl. également *RJDA*

- « Diffamation : la cassation devance l'appel », *Dalloz* 2009, p. 2316

ALLAEYS Ph.,

- « Déchéance de marques patronymiques devenues déceptives », *Dalloz*, 2005, act. p. 772

- « Donation et citation d'une œuvre artistique », *Dalloz* 2005, p. 956

- « Quand l'œuvre accessoire su(b)it le principal », *Dalloz* 2005, «Propriété littéraire et artistique » jur. p. 1645

- « Le cédant d'une marque est irrecevable à agir en déchéance. Inès de la Fressange : Acte I, Scène 3 », *Dalloz*, 2006, act. p. 861

- cass. soc., 8 février 2006, « Les compilations à l'épreuve du droit moral de l'artiste-interprète », *Dalloz*, 2006, p. 2991

ALLEAUME Ch.

- note sous CA Paris, 4^e ch., 31 mars 2000, « Droit à l'image des biens : dissidence de la cour d'appel de Paris », *légipresse* n° 173, juillet-août 2000, III, p. 115

- « La titularité des droits d'auteur des salariés de droit privé (régime général) », *Droit et patrimoine*, n°147, avril 2006, p. 58

- « La mise en balance du droit d'auteur », *Revue internationale de droit comparé*, 2-2010, p. 423

AMORY D., DESMOULIN V., « Dossier : Le droit des biotechnologies. Quelles limites à la brevetabilité du vivant ? », *Gazette du Palais*, 07 juin 2008, n°159, p.8

AMSON D., note sous TGI Paris, 25 mars 1987, *Dalloz*, 1988, somm. com., p. 198

ANDRIEU E.,

- « Les idées ne sont pas de libre parcours », *Légipresse*, n°259, mars 2009, I, p.23

- « Retoucher l'histoire est mauvais pour la santé publique », *Légipresse*, n°280, février



2011, act. p. 71-72

- comm. sous CA Paris, pôle 5, ch.11, 4 mars 2011, Brasseries Kronenbourg c/ ANPAA et CA Orléans, ch. des appels correctionnels, 5 avril 2011, « Publicité en faveur des alcools : aller au bout du raisonnement », *Légipresse*, n°284, juin 2011, p. 362

ANTIPPAS J., « Liberté, créativité, égalité, devise de la cour de justice de l'UE en matière d'œuvres intellectuelles ? », *Légipresse*, n°292, mars 2012, p. 161

ANVAR S. L., « Pourquoi a-t-on peur du domaine public des variétés végétales ? - (Réflexions autour des lois françaises n° 2006-236 du 1^{er} mars 2006 et n° 2006-245 du 2 mars 2006) », *propriété industrielle* n°3, mars 2008, étude 5

ARCINIEGAS G., « La culture, Droit de l'Homme », in *Les droits de l'esprit, six études sur les aspects culturels de la déclaration universelle des droits de l'homme réunies par l'Unesco*, Sirey Paris, 1950, p.253

ATIAS Ch., « Les biens en propre et au figuré, destination du propriétaire et disqualification de la propriété », *Dalloz* 2004, p. 1459

AUVRET P.

- obs. sous CA Paris, 1^{re} ch. A, 11 juin 1986, affaire Villemin, *JCP* 1987, II, n° 20754
- obs. sous TGI Paris, 17 juin 1987, CA Paris, 1^{re} ch. section B, 19 juin 1987 (Le Pen c/ le canard enchaîné), *JCP* 1988, II, n° 20957
- note à propos de CEDH, 22 octobre 2007, « Le roman-réalité devant la cour européenne des droits de l'homme », *Gazette du Palais*, 10 juillet 2008, n° 192, p.7
- com. sous CEDH, 15 janvier 2009, Orban et a. c/ France, aff. 20985/05, « Témoignage d'intérêt historique et apologie de crimes de guerre », *Légipresse* juin 2009, n° 262, III, p. 118
- com. sous CEDH, 15 janvier 2009, Orban et a. c/ France, aff. 20985/05, « La sanction de l'apologie du terrorisme, restriction nécessaire à la liberté d'expression dans une société démocratique », *com. com. électr.* n°7, juillet 2009, étude 17

AZEMA J.

- com. de CJCE 20 mars 2003, aff. C-291/00, « Contrefaçon de marque », *RTD com.* n° 3, septembre 2003, p. 501
- « Dépôt d'un nom patronymique à titre de marque », *RTD com.*, 2005, p. 72
- « Dépôt d'un nom patronymique à titre de marque, note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 31 janvier 2006, pourvoi numéro 05-10.116 ; Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), 30 mars 2006, affaire numéro C-259/04, Mme Emmanuel c/ Continental Shelf 125 Ltd », *RTD com.*, avril 2007, n°2, p.340
- Com. de cass. com. 14 mars 2006, « Déchéance pour défaut d'exploitation », *RTD com.* 2007, p. 343

AZEMA J. et GALLOUX J.-Ch., « Déchéance des droits sur la marque : exploitation sous forme modifiée », *RTD com* 2000, p.360

AZZI T., « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.*, 2007, p. 227



J. B., « La publication d'une « suite » d'une œuvre littéraire tombée dans le domaine public ne peut être interdite en son principe », note sur cass. 1^{re} civ. 30 janvier 2007, *JCP G* n°6, 7 février 2007, act. 70

BABIERI J.-J., note sous CA Toulouse, 19 octobre 1988, *Dalloz* 1989, p. 290

BACCICHETTI E. et BONNET Ph., « Droit des pratiques anticoncurrentielles et droits de propriété intellectuelle », *JCP E*, 2009, n°46, étude 2057

BASIRE Y., « La fonction patrimoniale de la marque », *Légicom* n°44, 2010/1, p. 17

BASTIAN D., « De la marque constituée par la forme d'un bâtiment », in *Hommage à Henri Desbois, études de propriété intellectuelle*, Dalloz, 1974, p. 105

BATTISTELLI B., « Problèmes anciens et controverse nouvelle : la propriété intellectuelle est-elle au service de l'intérêt général ou protège-t-elle les intérêts particuliers ? », *RIPIA* n°231, 1er trim. 2008, p. 41

BAUD E.

- « La parodie de marque : vers une érosion du caractère absolu des signes distinctifs ? », *Dalloz*, 1998, p. 227

- « Contentieux du droit des marques : la liberté d'expression menace-t-elle le monopole du titulaire de marque ? » in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, sous la direction de FRISON-ROCHE Marie-Anne et ABELLO Alexandra, LGDJ, 2005, p.405

BAUD E. et COLOMBET C.

- « La parodie de marque : vers une érosion du caractère absolu des signes distinctifs ? », *Dalloz* 1998, p. 227

- comm. sous TGI Paris, référés, 8 juillet 2002 et 2 août 2002, « Parodie de marque, liberté d'expression et droit de critique », *légipresse* n° 197, décembre 2002, III, p. 215

- « Droit de parodier une marque au nom de la liberté d'expression », note sous CA Paris, 14^e ch. 26 février 2003, *légipresse* n° 200, avril 2003, p. 41

- comm. Sous civ. 1^{re} 19 octobre 2006, « Usage de la marque d'autrui et liberté d'expression : la fin (légitime) justifie les moyens (proportionnés) », *légipresse* n° 239, mars 2007, III, p.27

BAUER C., « Les adaptations audiovisuelles de livres », *légicom* n°24, 2001/1, p. 65

BAZEX M., obs. sous CE ass., 24 janvier 1975, *JCP* 1976, II, 18395

BEHAR-TOUCHAIS M., « « Être interopérable ou ne pas l'être : telle est la question ! ». – (à propos de l'arrêt Microsoft du Tribunal de première instance des communautés européennes du 17 septembre 2007) », *Comm. Comm. électr.*, n°3, mars 2008, étude 6

BECOURT D.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 3 décembre 1980, vie privée, *JCP éd. G*, 1982, II jurisprudence n°19742

- « La Révolution française et le droit d'auteur pour un nouvel universalisme », *RIDA*, janvier 1990, n°143, p.231

- « Rapport introductif au colloque international du 4 octobre 1991 », Droit d'auteur et



création dans le monde, colloque international, sénat 4 octobre 1991, n° spécial, *Les Petites Affiches*, n°67, 3 juin 1992

- « La trilogie auteur-œuvre-public », 1^{re} partie, *Petites affiches*, 13 décembre 1993, n° 149, p. 10 ; 2^{ème} partie, *P.A.*, 20 décembre 1993, n° 152, p. 22 ; 3^{ème} partie, *P.A.*, 27 décembre 1993, n° 155, p. 8 ; 4^{ème} partie, *P.A.*, 3 janvier 1994, n° 1, p. 12 ; 5^{ème} partie, *P.A.*, 10 janvier 1994, n°4, p. 4

- « Commentaire de la loi n°95-4 du 3 janvier 1995 sur la reprographie », *Dalloz*, 1995, commentaires législatifs, p. 59, n°5

BEDEL M., « Problèmes humains du droit d'auteur », in *les droits de l'esprit, six études sur les aspects culturels de la déclaration universelle des droits de l'homme réunies par l'Unesco*, Sirey Paris, 1950, p. 73

BEHAR-TOUCHAIS M., « Etre interopérable ou ne pas l'être : telle est la question ! » (à propos de l'arrêt Microsoft du Tribunal de première instance des communautés européennes du 17 septembre 2007, *comm. comm. électr.*, n°3, mars 2008, étude 6, n°7-8

BEIGNIER B., « La vie privée : un droit des vivants », *Dalloz* 2000, juris. p. 372

BEIGNIER B., DREYER E., DE LAMY B., TAVIEAUX-MORO N., TRICOIRE E., cass. crim. 12 mai 2009, « Droit de la presse et des médias », *JCP G*, n°46, 9 novembre 2009, spéc. B. DE LAMY, « 6. Diffamation et débat d'intérêt général », p. 441

BENABOU V-L.

- « Puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA*, avril 2002, n° 192, p. 3
- comm. des arrêts CA Paris, 4^e ch. A, 26 février 2003, *ESSO c/ Greenpeace* ; CA Paris, 4^e ch. A, 26 février 2003, *Areva c/ Greenpeace* ; CA Paris 4^e ch. A, 30 avril 2003, *Réseau Voltaire c/ Danone*, « 3. Liberté d'expression et droit des marques, la jurisprudence dans tous ses états », *propriétés intellectuelles* juillet 2003 n°8, chronique p. 322

- « Le consommateur dans le droit des dessins et modèles », *RLDA*, 2004, n°77, *Le consommateur au pays des propriétés immatérielles*, supplément, étude n°4868, p. 18

- « Transversales », comm. de l'Ordonnance du Président du Tribunal de première instance communautaire, 22 décembre 2004, aff. T-201-04 R, *propriétés intellectuelles*, janvier 2005, n°14, p. 89

- « Droit d'auteur versus vie privée (et vice versa) », *Propriétés intellectuelles*, juillet 2005, n°16, doctrine p. 269 et s.

- « A propos de la décision du Conseil constitutionnel », *propriétés intellectuelles* 2006, n°20, p. 240

- « L'étendue de la protection par le droit d'auteur en France. Situation et propositions », in Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R. HILTY *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Litec, IRPI, 2007, p. 176

BENOLIEL-CLAUX S., « Reproduction non autorisée d'un château », *Gazette du palais*, 28 novembre 2000, n°333, p. 35

BENSAMOUN A.

- « Portrait d'un droit d'auteur en crise », *RIDA*, n° 224, avril 2010, p. 3 et suiv.

- « L'exception fondée sur l'accessoire : accessoirement non transposée », *RLDI* juin 2011, n°72, p. 6



BERGEL J-L., comm. de cass. ass. Plén. 7 mai 2004, « Feu, le droit l'image des biens ! », *Revue Lamy Droit des Affaires*, 07-2004, n° 73, chronique 73-12

BERHAULT B., note sous CA Paris, 14 janvier 1992, conclusions DELAFAYE Bernard, *GP* 26 septembre 1992, p. 570

BERLAND S., et DUMORA P-E., note sous cass. Civ. 3 juin 2004, *Gazette du Palais*, 10 mai 2005 n°130, p. 46

BERLAND S., Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2001, n°98-22591, *Gazette du Palais*, 13 mai 2003 n° 133, sommaires p. 70

BERLAND S. et GERALDINI-MARTINS A., note à propos de CE 4 février 2004, *gazette du palais*, 8 mai 2004, n°129, p. 55

BERNAULT C.,

- obs. CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 21 janvier 2011, n°07-12159, *EDPI*, avril 2011, n°4, p. 2
- « Tintin au pays du droit d'auteur : pas d'exception de citation pour les vignettes de BD », *L'essentiel. Droit de la propriété intellectuelle*, 2011, n°8, p. 2, n°126
- « L'atteinte à des mesures techniques de protection sanctionnée pour la première fois », *L'essentiel, droit de la propriété intellectuelle*, 2011, n°11, p. 3, n°181

BERTIN Ph.

- « Le juge des référés, protecteur des croyants », *Gazette du Palais*, 1984, 2^e semestre, doctrine p. 534
- « Mère intègre, nu intégral et remous intégristes », *Gazette du palais*, 12 février 1985, 1^{er} semestre, doctrine p. 92
- TGI Paris, 28 janvier 1985, *Gazette du palais*, 1985, 1^{er} semestre, 12 février 1985, jurisprudence p. 122
- note sous CA Paris, 13 mai 1985, *Gazette du palais*, 1985, 1^{er} semestre, 28 mai 1985, jurisprudence p. 342
- note sous CA Dijon 22 mars 1988 : « En saluant Godard », *Gaz. Pal.* 1988. 1, p. 379
- note sous CA Paris, 27 septembre 1988, *Gazette du palais*, journal du 22 octobre 1988, 2^e semestre, jurisprudence, p. 735

BERTRAND A., « Histoire, évolution et nature du droit d'auteur », *Dalloz action*, droit d'auteur, chapitre 101

BETHENOD M., « Art et propriété intellectuelle : où s'arrête le droit des artistes ? », *RIPIA*, n° spécial Actes du 14^e forum européen de la propriété intellectuelle du 7 et 8 avril 2009, Paris, p.97

BIENVENU J.-J., « Le soutien par la fiscalité », in *Propriété scientifique et recherche : des pistes pour l'avenir, actes de colloques Paris, 15 janvier 2002 et 14 janvier 2004*, éd. Tec&Doc 2005, p. 191

BIGOT Ch.

- TGI Paris, 1^{re} ch. corr., 9 janvier 1992, « Conditions de la bonne foi de l'humoriste poursuivi pour diffamation », *Dalloz* 1994, somm. p. 195
- « Publicité « HIV positive » : commentaire du jugement du T.G.I. de Paris du 1^{er}



février 1995 », *Legicom*, n° 7, janvier-février-mars 1995, p. 118

- CA Paris, 14 mars 1995, 1^{re} ch., A, « Une émission de télévision humoristique et caricaturale ne saurait constituer un dénigrement fautif d'une marque », *Dalloz*, 1997, somm. p. 75

- « Condamnation de l'émission télévisée "Les guignols de l'info" sur le fondement de l'article 1382 du Code civil », *JCP G*, 1998.II.10010

- CA Reims, 9 février 1999, « L'humour des "Guignols de l'Info" trouve grâce devant la cour de renvoi », *JCP G*, n° 35, 1^{er} Septembre 1999, II 10144

- « La liberté de la caricature ne permet pas son exploitation commerciale », *Dalloz* 1999, som. p.167

- com. sous Civ. 1^{re}, 25 janv. 2000, « Droit à l'image et illustration de l'actualité », *Dalloz* 2000, p. 409

- comm. de cass. 1^{re} civ., 3 avril 2002, « Protection de la vie privée : la Cour de cassation pose de nouvelles règles », *Dalloz*, 2002, p. 3164

- note sous TGI Paris, 17^e ch. civ., 2 juin 2004, « La liberté de l'image dans tous ses états », *légipresse* n° 214, septembre 2004, III, p. 156

- « Liberté d'expression et droit à l'image », *Dalloz* 2007, pan. 2779

- comm. de CA Paris, 11^e ch. Sect. A, 5 novembre 2008, « La liberté de création prévaut, dans certaines limites, sur le droit à l'image », *Dalloz*, 2009, p. 470

- « Jurisprudence de la Cour EDH en matière de liberté d'expression juillet 2008 – juillet 2009 », *légipresse* n° 264, septembre 2009, II, p. 114

- « La procédure en matière de presse en proie aux contradictions », *Dalloz* 2011, p. 1467

BILGER Ph., note sous TGI Paris, 17^e ch. corr., 9 janvier 1992, « Le Pen c/ Bedos », *gazette du palais*, 1992, 1, p.182

BILLIAU M., « Contrefaçon, propriété et responsabilité », *Comm. comm. électr.*, septembre 2005, étude n°29, p. 11

BINCTIN N., « Marius et Cosette (A propos des suites données aux « Misérables » de Victor Hugo et l'articulation entre le droit d'auteur et la liberté d'expression », *LPA* 19 juillet 2007 n°144, p.8

BIOLAY J-J., « droit d'auteur et publicité », *communication commerce électronique*, avril 2000, chronique n°8 p. 15

BITAN H., « La loi DADVSI, ou la nécessité de clarifier les notions d'interopérabilité et de mesure technique », *RLDI*, juillet 2007, n°29, analyse 972, p. 64

BLAUSTEIN, note sous cass. com., 29 novembre 1960, *Ann. Prop. Ind.*, 1961, n° 3, p. 309

BOCHURBERG L., « Le droit de citation en matière audiovisuelle », *Gazette du Palais*, 1995, 2^e semestre, doctrine p.1198

BOESPFLUG N., GREFFE P., BARTHELEMY D., « Liberté d'expression », *JCP E*, n°42, 16 octobre 2003, chronique 1468, p. 1665, n°8

BOISSARD S., Conclusion du commissaire du gouvernement sous CE 10 mars 2004, « Le contrôle du juge sur le refus du ministre d'interdire la vente aux mineurs d'un ouvrage »,



AJDA, 10 mai 2004, act. juris., p. 983

BOITARD E., « Le contentieux des visas d'exploitation cinématographique », *Dalloz* 2001, jur., p. 590

BOIZARD M., « Licence de dépendance entre brevet et certificat d'obtention végétale : le point d'équilibre ? », *propriété industrielle*, n°11, novembre 2005, étude 24, n°10

BONET B., « Propriétés intellectuelles », *pi*, octobre 2001, n°1, p. 4

BONET G.,

- « L'usage du nom d'autrui dans une marque : à propos de l'arrêt Viagra de la Cour d'appel de Paris du 15 décembre 2000 », *Dalloz*, 2001, chron. p. 1298

- Com. de CJCE 20 mars 2003, aff. C-291/00, « Contrefaçon d'une marque complexe par reproduction servile ou quasi servile d'un signe distinctif avec ou sans ajout d'autres éléments », *RTD E* n° 1, mars 2004, p. 115

- « Distinctivité du signe », *jurisclasseur marques-dessins et modèles*, fasc. 7090, 2007

BONET G., BUFFET-DELMAS X., DE MEDRANO CABALLERO I., « Droit des marques et autres signes distinctifs », *Propriétés intellectuelles* 2004, n° 13, p. 948 et suiv.

BONNAL N., « Les conflits entre les droits de la personnalité et la liberté de création et d'illustration », *Légicom*, n°43, 2009/2, p. 23 ss.

BOUCHE N., « Variété essentiellement dérivée. Entre ombre et lumière », *propriété industrielle*, n°1 janvier 2011, étude 2

BOULANGER J., « Principe généraux du droit et droit positif » in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Etudes offertes à Georges RIPERT*, tome 1, études générales, droit de la famille, Paris, LGDJ, 1950, p. 51

BOULOC B., note à propos de cass. crim. 3 mai 2006, « Publicité illicite en faveur du tabac. Décoration de paquets de cigarettes », *RTD Com*, 2006, p. 929

BOUTIN A., Cass. com. 2 novembre 2011, n°10-30907, in *L'essentiel du droit de propriété intellectuelle*, 2012, n°1, p.5

BOUVEL A.,

- « Citation d'œuvres graphiques et plastiques : les juges du fond résistent ! », *Légipresse* juillet 2005, III, p. 131

- « Citations d'œuvres graphiques et plastiques : les juges du fond résistent, le législateur aussi », *Légipresse* n° 240, avril 2007, III, p. 80

BOUZAT, com. de T. corr. Paris, 15 avril 1986 « Infractions contre les biens », *revue sc. Crim.* 1987, p. 209

BROSSARD Ch. et DURNERIN Ph., « L'absence de protection des idées par le droit d'auteur », *GP* 1988, 1, doctrine p. 69

BRETAGNE-JAEGER D., obs. sur l'arrêt du 10 mars 1999, remettant en cause CA Paris,



12 octobre 1998, à propos du navire Elf-Aquitaine III, *le droit maritime français*, 2000, 609

BRETONNIERE J.-F., CJUE, 23 avril 2009, aff. C-59/08, « Marques de prestige : une protection renforcée par la CJCE », *RLDA*, août 2009, n°41, p.23

BROM B., comm. de cass. crim. 7 décembre 2004, n° 03682832, « Affaire Aussaresses : la Cour de cassation se prononce sur le délot d'apologie de crime de guerre », *RLDI*, 2005 actualités

BRUGUIERE J.-M.

- sous TGI de Lyon, 1^{re} ch., 4 avril 2001 et Cour d'appel de Rouen, 1^{re} ch., 13 mars 2001, « Image des biens, droit d'auteur et droit de propriété », *légipresse* n°182, juin 2001, III, p. 95

- « 7. Propriété intellectuelle et ordre public », in M. VIVANT (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, p. 85

- note sous cass. ass. pén. 7 mai 2004, « Image des biens : la troublante métamorphose », *Dalloz* 2004, p. 1545

- « 4. Appropriation du vivant. Grand procès (désordonné) contre la propriété intellectuelle. Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques : «Les conséquences des modes d'appropriation du vivant sur les plans économiques, juridique et éthique», mars 2004, www.assemblee-nat.fr », *Propriétés intellectuelles* juillet 2004, n°12, p. 838

- « l'exploitation de l'image des biens », *légicom* n°34, 2005/2 p.13

- « Quand le Conseil constitutionnel (re)découvre la propriété intellectuelle. La propriété intellectuelle objectif ou limite d'intérêt général ? », *Propriétés intellectuelles*, avril 2005, chronique n° 15, p. 225

- Com. sous cass. 1^{re} civ., 15 mars 2005, « Reproduction d'un aménagement d'espace public constitutif d'un simple accessoire au sujet traité », *Légipresse* mai 2005, n° 221, III, p. 73

- « l'immatériel à la trappe ? », *Dalloz* 2006, p. 2804

- « Le droit à l'interopérabilité », *comm. Comm. Electr.*, février 2007, étude n°3, p. 8

- obs. sous cass. 1^{re} civ., 7 novembre 2006, *Propriétés intellectuelles* 2007, n° 22, chron. p. 91

- « l'influence de la loi du 11 mars 1957 sur les autres branches du droit », *les petites affiches*, 6 décembre 2007, n°244, p. 11

- « Droit d'auteur et droits voisins », *Propr. intell.* janvier 2007, n° 22, p. 77 et suiv., spéc. 91

- CA Paris, 4^e ch. B, 21 mars 2008, *Propriétés intellectuelles* 2008, n° 28, chron. p. 327

- CEDH, 4^e sect., 29 janvier 2008, comm. par J.-M. BRUGUIERE, *propriétés intellectuelles* 2008, n° 28, p. 338

- com. de CA Paris, 4^e ch. B, *Propriétés intellectuelles* juillet 2008, n° 28, chron. p. 327

- « Propos introductifs » in *La propriété intellectuelle entre autres droits*, sous la dir. de J.-M. BRUGUIERE, Dalloz, 2009

- *propriétés intellectuelles*, avril 2011, n°39, chron. p. 183

- comm. CA Paris, pôle 5, ch. 2, 20 mai 2011, *propriétés intellectuelles*, octobre 2011, n°41, p. 399

- « Les droits voisins de la propriété littéraire et artistique », *propriétés intellectuelles*, avril 2012, n°43, p. 161



BRUGUIERE J.-M., DUMONT F., « La question prioritaire de constitutionnalité dans le droit de la propriété intellectuelle », *comm. comm. électr.*, n° 5, Mai 2010, étude 10, n°21

BRUGUIERE J.-M. et GLEIZE B., « Propriété intellectuelle et droit à l'image », *in* (sous la dir. de) M. VIVANT, *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, p. 410

BRUGUIERE J.-M. et MALLET-POUJOL N., « Quand la cour de cassation abuse du droit de propriété sur l'immatériel », *droit et patrimoine* n°300, 13 juillet 1999, p.6

BRUNET-STOCLET D., « Du délicat équilibre entre liberté d'expression et droit des marques ; (à propos des arrêts Greenpeace et Danone de la Cour d'appel (CA) de Paris des 26 février et 30 avril 2003), *gazette du palais*, 18/7/2003, n° 200, p. 8

BRUNOT V. et WALON D., « La liberté d'expression sur Internet et le droit des marques », *gazette du palais*, 23 juillet 2003, n° 204, p. 19

BRYSON L., « La liberté de l'information », *in les droits de l'esprit, six études sur les aspects culturels de la déclaration universelle des droits de l'homme réunies par l'Unesco*, Sirey Paris, 1950, p.113

BUEB R., « les auteurs, le droit et la loi : épopée législative du droit d'auteur », *les petites affiches*, 6 décembre 2007, n° 244, p.4

BUFFET DELMAS X.,

- « Cession de nom de famille : du risque de déchéance, en raison de leur caractère déceptif, de marques composées du nom de famille d'une personne notoire », *Propriétés intellectuelles*, avril 2005, n° 15, p. 201
- « Droit des marques et autres signes distinctifs », *Propriétés intellectuelles*, octobre 2005, n° 17, p. 479
- Cass. com. 14 mars 2006, « Quand l'usage de l'élément distinctif commun à plusieurs marques vaut usage de toutes ces marques », *Prop. intell.* 2006, n° 19, p. 220, *in* « Droit des marques et droits des signes distinctifs », p. 207 et suiv.

BURST J.-J.,

- Obs. sur cass. com. 15 janvier 1985 et cass. com. 17 juillet 1984, *Dalloz* 1986, som.com. p. 88
- « La reconstitution des « monopoles » de propriété industrielle par l'action en concurrence déloyale ou en responsabilité civile : mythe ou réalité? », *in Mélanges dédiés à Paul Mathély*, Litec, 1990, p. 93
- « Exploitation de la marque « Lotus » ne valant pas exploitation de la marque « Au Lotus » », *JCP G* 1992, n°47, 18 novembre 1992, II, 21951 ; également au *JCP E*, n° 44, 29 octobre 1992, II, 355
- « En l'absence de risque de confusion, le dépôt d'une marque ne constitue pas l'usurpation d'un nom patronymique », *Dalloz* 1994, com. 55
- « Une nouvelle cause de déchéance du droit sur la marque : la dégénérescence de la marque », *in Jean Foyer auteur et législateur, leges tulit, jura docuit, Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, Paris, 1997, p. 207

BUYDENS M.,

- « Remèdes à la privatisation de l'information par la propriété industrielle : le domaine



technique », *RIDE*, 2006/4, t. XX, 4, p. 433

- « La problématique de la brevetabilité des logiciels : antécédents et conséquences du rejet de la proposition de directive du Parlement et du Conseil concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvres par ordinateur », in IRPI, *La propriété intellectuelle en question(s) Regards croisés européens*, Litec, 2006, p. 149

A.C., note sous TGI Paris, 3^e ch., 3 juin 1998 et CA Versailles 1^{re} ch. 15 janvier 1998, *gazette du palais*, 1998, 2^e semestre, jurisprudence sommaires et notes p. 689

CABRERA BALAZQUEZ F. J., « Le plagiat : péché original ? », *légipresse* n° 216, novembre 2004, II P. 124

CALAIS-AULOY J., « Rapport de synthèse », *RLDA*, 2004, n°77, Le consommateur au pays des propriétés immatérielles, supplément, étude n°4875, p. 88

CALVO J., « Les créations des salariés (de la difficulté de la conciliation de l'idéologie avec les nécessités pratiques) », *LPA*, 11 mars 1998, n°30, p.11

CANEDO M., « Le Conseil d'Etat gardien de la moralité publique ? (Droits et libertés) », *RFD adm.*, nov.-déc. 2000, p. 1288 et s.

CANEDO-PARIS M., « La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé », *RFDA* 2008, p. 979

CANLORBE J.,

- « Responsabilité applicable au détournement de marques : épilogue des affaires Esso et Areva », *Légipresse*, juillet 2008, n° 253, III, p.123

- « L'usage dans la vie des affaires, condition nécessaire de la contrefaçon de marques », *Légicom*, n°44, 2010/1, p. 107

CAPITANI A. et MORITZ M.,

- « La liberté de caricature et ses limites en matière religieuse », *RLDI*, n°14, mars 2006, étude 426, p. 75

- « Les caricatures de Mahomet face au juge correctionnel ou le délit d'injure en droit pénal et droit européen », *RLDI*, juin 2007, n°28, p. 46

CAPITANT H., « Sur l'abus des droits », *RTD Civ*, 1928, p. 365

CAPIAU S., « Le droit à l'image. le droit sur l'image » *ministère de la Communauté française de Belgique*. L'art même, consulté le 10 avril 2013, <http://www2.cfwb.be/lartmeme/no027/pages/page6.htm>

CARBONNIER J., « Le silence et la gloire », *Dalloz* 1951, chron. p. 119

CARON Ch.

- note sous cass. 1^{re} civ., 4 juillet 1995, « Représentation télévisuelle des œuvres d'art », *Légipresse*, n°123 juillet août 1995/6, III, p.101

- « La convention européenne des droits de l'homme et la communication des œuvres au public : une menace pour le droit d'auteur ? », *comm. com. électr.*, octobre 1999, chronique



p. 9

- « Les virtualités dangereuses du droit de propriété », *Defrénois*, n°19/99, article 37928, p. 897
- Cass. crim. 28 septembre 1999, « Le droit d'auteur confronté au principe de la dignité de la personne humaine », *comm. comm. électr.*, janvier 2000, comm. 4, p. 16
- com. sous Civ. 1^{re}, 25 janv. 2000, « L'accessoire : exception au droit au respect de la vie privée », *Dalloz* 2000, Somm. p. 270
- « Les morts n'ont pas de vie privée », *Dalloz* 2000 somm. p. 372
- CA Paris, 4^e ch., 31 mars 2000, « Image des biens: la Cour d'appel fait de la résistance ! », mai 2000, n°5, p. 19
- note sous TGI Paris, 3^e ch., 21 mars 2000, « Refus de l'exception de parodie de marque sur les réseaux », *comm. com. électr.*, septembre 2000, comm. n° 88, p. 15
- « La propriété littéraire au royaume d'Hadès : la volonté de l'auteur défunt s'impose aux héritiers », note sous cass, 1^{re} civ. 24 oct. 2000, *Dalloz* 2001, jurisprudence p. 918
- Cass. 1^{re} civ., 12 décembre 2000, « Une nouvelle exception de représentation accessoire est-elle née ? », *comm. comm. électr.* février 2001, comm. n°14, p. 25
- sous TGI Paris, 17^e ch., 31 mai 2000, « Image des biens : la résistance s'organise ! », *comm. com. électr.*, avril 2001, commentaire n° 35, p. 14
- CA Rouen, 1^{re} ch., 13 mars 2001, *com. com. électr.* 2001, comm. 45
- « La propriété intellectuelle au panthéon des droits fondamentaux », *comm. com. électr.*, juin 2001, commentaire 55 p. 25
- « Les pérégrinations d'Angélique Marquise des anges, dans l'étrange univers de la protection des titres », *comm. comm. électr.*, octobre 2001, n°10, com. 97
- comm. sous l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 30 mai 2001, « Les droits de l'homme réconciliés avec le droit d'auteur », *Dalloz* 2001 n°30, p. 2504
- « L'auteur et ses héritiers : à propos de l'affaire Hugo », *comm. com. électr.*, décembre 2001, p. 15
- « Irrecevabilité à agir d'un descendant de Victor Hugo pour interdire la diffusion de la suite des misérables », *JCP G* n°49, 5 décembre 2001, p. 2253 II 10636
- « Les exceptions », *propriétés intellectuelles*, janvier 2002, n°2, colloque, p.25
- comm. sous CA Paris, 4^e ch., 12 décembre 2001, « Liberté d'expression et liberté de la presse contre droit de la propriété intellectuelle », *comm. com. électr.*, février 2002, commentaire 20 p. 24
- note sous cass. 1^{re} civ. 29 mai 2001, « La mauvaise-foi du contrefacteur négligée », *com. com. électr.* juin 2002, comm. 81, p. 24
- « Les grands malheurs de la marque 'Pina Colada', déchue pour cause de dégénérescence », *comm. comm. électr.*, septembre 2002, n°9, p.22, comm. n°115
- comm. sous TGI Paris, ord. réf. 8 juillet 2002, « Duo dissonant sur la (prétendue) parodie de marque sur les réseaux », *comm. com. électr.*, novembre 2002, commentaire p. 25
- comm. sous TGI Paris, 9 décembre 2002, « A propos du conflit entre les œuvres de fiction et la vie privée », *Dalloz* 2003, n° 26, jurisprudence p. 1715
- « Les usages et pratiques professionnels en droit d'auteur », *propriétés intellectuelles* avril 2003, n° 7, p. 127
- note sous CJCE 20 mars 2003, aff. C-291/00, « Les contrefaçons partielles et par adjonction sont mortes », *Comm. com. électr.* mai 2003, comm. 47
- Chronique de droit de la concurrence, « Concurrence déloyale et parasitisme », *JCP E* 2003 n°1627, p.1863
- note sous CA Lyon, 1^{re} ch. Civ., 20 mars 2003, « La place lyonnaise des Terreaux n'aime pas le droit d'auteur ! », *comm. comm. électr.*, septembre 2003, n° 9, comm. n° 81, p. 23



- com. sous CA Paris, 4^e ch., section A, 31 mars 2004, « Les Misérables : œuvre figée pour l'éternité ? », *comm. comm. électr.*, mai 2004, n°5, comm. p. 24
- com. sous cass. ass. plén. 7 mai 2004, « Requiem pour le droit à l'image des biens », *JCP* 2004. II. 10085
- « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G*, n°39, 22 septembre 2004, I, 162
- TGI Paris, 9 juillet 2004, aff. Areva c. Greenpeace, « La prétendue « parodie de marque » : une question de responsabilité civile », *Comm. com. électr.* Octobre 2004, comm. 110
- « Marques : « :-) », signe distinctif, emblématique du commerce électronique », *comm. comm. électr.* octobre 2004, com. 115
- « Gare à la reprise non autorisée de personnages protégés ! », *comm. com. électr.*, n°11, novembre 2004, commentaire 136
- « Une certaine idée du droit d'auteur : la vision des écrivains », in *Mélanges DECOCQ, une certaine idée du droit*, Litec, 2004, p.49
- « Le consommateur en droit d'auteur », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 245
- « L'irrésistible décadence du domaine public en droit de la propriété intellectuelle », *Etudes offertes à Jacques DUPICHOT, liber amicorum*, Bruylant, Bruxelles 2004, p. 61
- « Rare application d'une déchéance pour déceptivité d'une marque patronymique », *Com. com. électr.*, février 2005, n°2, comm. 29
- com. sous cass. 1^{re} civ., 15 mars 2005, « De la représentation accessoire d'une œuvre de l'esprit », *comm. Comm. Electr.*, mai 2005, com. 78
- com. CA Paris, 2 févr. 2005, « Du nouveau en matière de citation d'une photographie », *comm. comm. électr.* mai 2005, comm. 79
- CA Paris, 4^e ch. B, 24 juin 2005, « Absence d'originalité de photographies de tableaux », *comm. comm. électr.* septembre 2005, comm. n° 131
- com. sous cass. 1^{re} civ., 5 juillet 2005, « Image des biens : la Cour de cassation conserve le cap de la raison ! », *com. com. électr.* octobre 2005, n° 148
- note sous CA Versailles, 12 e ch., 2^e section, 22 septembre 2005, *Juris-Data* n°2005-288693, « Un nouveau droit voisin est né : le droit patrimonial sur l'image », *comm. comm. électr.*, n° 1, janvier 2006, comm. 4
- comm. Sous CA Paris, 4^e ch. A, 11 janvier 2006, « Le trouble anormal de l'image des biens se précise », *comm. Com. Électr.* mars 2006 comm. 38
- « Qui doit garantie ne peut évincer, y compris en matière de marques », *comm. comm. électr.*, avril 2006, n°4, p.27
- « Droit d'auteur : les photographies de tableaux sont protégées ! », *comm. comm. électr.*, n° 4, avril 2006, comm. 60
- com. sous cass. com. 14 mars 2006, « Importants arrêts sur la déchéance de marque », *com. com. électr.* n° 5, mai 2006, comm. n° 79
- « Clémence pour le contrefacteur malgré lui ! », *comm. comm. électr.*, n°7, juillet 2006, comm. 104
- « Marque : pas de parodie de marque », *com. com. électr.*, n° 9 Septembre 2006, comm. 124
- « Les nouvelles frontières du parasitisme », *com. com. électr.* décembre 2006, com. 153, p. 31
- « La publication d'une « suite » d'une œuvre littéraire tombée dans le domaine public ne peut être interdite en son principe », *comm. Sous cass. 1^{re} civ.* 30 janvier 2007, *JCP G* n°7, 14 février 2007, II 10025
- « Les Misérables devant la cour de cassation : le domaine public réaffirmé », *Comm.*



comm. électr., mars 2007, n°3, p. 26

- com. sous CA Paris, 4^e ch. section B, 12 octobre. 2007, « De l'effet de la résiliation d'un contrat d'enregistrement exclusif », *com. com. électr.* mars 2007, comm. n° 35
- « Brèves observations sur l'abus des droits de la personnalité », *Gazette du palais* vendredi 18-samedi 19 mai 2007, doctrine p. 47
- CA Paris, 4^e ch., section A, 4 avril 2007, « Affaire Mulholland Drive : suite et (peut-être) épilogue », *com. com. électr.*, mai 2007, n°5, p. 34
- cass. 1^{re} civ. 30 janvier 2007, « Droit de la propriété intellectuelle », *JCP G*, 25 juillet 2007, n°30, I, 176, p. 23
- « La loi du 29 octobre 2007 dite « de lutte contre la contrefaçon » », *comm. comm. électr.*, n°12, décembre 2007, étude 30
- « Résistance des juges du fond à propos de la citation intégrale d'une œuvre », *comm. comm. électr.*, n°12, décembre 2007, comm. 145
- note sous CA Paris, 14^e ch., section B, 5 octobre 2007, « Droit d'auteur : vive la liberté de création ! », *comm. com. électr.* n° 12, décembre 2007, comm. 149
- « Le droit d'auteur de l'an 2440. Cauchemar s'il en fût jamais », in : *Droit et technique : études à la mémoire de Xavier Linant de Bellefonds*, éd. Litec, 2007, p. 105
- « Marques et liberté d'expression : l'éternel retour », *com. com. électr.* n°6, juin 2008, com. 77
- note sous CA Paris, 4^e ch., sect. A, 16 avr. 2008 et CA Paris, 4^e ch., sect. B, 16 mai 2008, « Variations sur quelques définitions jurisprudentielles du parasitisme », *comm. comm. électr.*, n° 10, Octobre 2008, comm. 110
- note sous cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2008, « L'art conceptuel au paradis de la Cour suprême », *comm. comm. électr.*, n° 1 janvier 2009, comm. 1
- note sous cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2008, « Fin de partie judiciaire pour l'instituteur du documentaire « Etre et avoir », *comm. comm. électr.*, n° 1, janvier 2009, comm. 2
- note sous CA Paris, 4^e ch., section B, 19 décembre 2008, n°07/05821, « La liberté de concevoir une suite à une œuvre : un principe encadré », *JCP G*, n°9, 25 février 2009, II, 10038
- cass. 1^{re} civ., 22 janvier 2009, « Le juge français face à la disposition facultative d'une directive », *com. com. électr.* avril 2009, n°4, com 33
- com. cass. 1^{re} civ., 22 janvier 2009, « Droit de la propriété intellectuelle », *JCP G* 2009, I, 30, n°10
- CJUE, 23 avril 2009, aff. C-59/08, « Le luxe mis à l'honneur par la Cour de justice », *com. com. électr.*, juillet 2009, n°7, p.25
- « A propos des marques victimes de leur succès », *comm. comm. électr.*, n° 7 juillet 2009, comm. 64
- CJCE, 18 juin 2009, affaire C-487/07, « Les tableaux de concordance dans l'œil du cyclone », *com. com. électr.* décembre 2009, n°12, com. n° 111, p. 33
- « Dieu (n') est (plus) un fumeur de havanes », *comm. comm. électr.*, n°1, janvier 2010, repère 1
- « Les photographies aériennes sont-elles protégeables ? », *Comm. Comm. électr.*, n° 5, Mai 2010, comm. 45
- « La création salariée sous les feux de l'actualité », *comm. comm. électr.*, n° 6, juin 2010, repère 6
- com. cass. com. 23 mars 2010, « L'image de la marque de luxe : échec à l'épuisement du droit », *com. com. électr.* n° 1, janvier 2011, comm. 3
- « La limite de l'accessoire consacrée avec un nouveau fondement », *comm. comm. électr.* juillet 2011, p. 21



CARON Ch., CHAMARD, I., CAMUS, I., « Chronique n°XIII de droit audiovisuel », *Les petites affiches*, 7 juin 1996, n°69, p. 9

CARRE S.,

- « Exception : courte citation, représentation accessoire... » in M. VIVANT, dir. *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, grands arrêts, 2004, n° 12, p. 155
- « Le vertige de l'irrecevabilité (A propos de l'arrêt de la cour de cassation du 19 juin 2008) » *RIDA* n° 221, juillet 2009, p. 65

CARREAU C., « Publicité – Protection des créations et moyens publicitaires », *JurisClasseur Contrats – Distribution*, fasc. 4080, 2007

CASSIN R., « L'intégration, parmi les droits fondamentaux de l'homme, des droits des créateurs des œuvres de l'esprit » in *Etudes sur la propriété industrielle, littéraire et artistique. Mélanges Marcel PLAISANT*, Sirey, 1960, p. 225

CASTELAIN J., CARON Christine, « Les formats d'œuvres audiovisuelles : une protection suffisante ? », *RLDI*, n°40, juillet 2008, étude n°1346, p. 69

CASTETS-RENARD C.

- « La décision du 27 juillet 2006 », *Dalloz*, 2006, 2157
- « Etre et avoir... et apparaître accessoirement ! Ou comment limiter le monopole de l'auteur », *dalloz*, 2011, p. 1875

CATALA P., « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD civ.* 1966, p. 185

CAUVIN M.

- « FIFA : 1 – Onze mondial : 0 ou la prédominance de principe du droit d'auteur sur le droit public à l'information », cass. 1^{re} civ., 7 octobre 2007, cass. 1^{re} civ., 8 avril 2008, *RLDI*, mai 2008, n°38, act. p. 6
- « Les concepts du droit d'auteur dans l'enfer de l'art conceptuel... » - (à propos de l'arrêt Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2008) », *comm. comm. électr.*, n°9, septembre 2009, étude n° 20

CHALLINE Ph., « L'informatique et le régime des sources », *Dalloz*, 1997, p. 162

CHAMPEIL (substitut du procureur général), Conclusions à propos de CA Nîmes, 1^{er} ch., 4 juillet 1966, *JCP* 1967, II, jurisprudence, n° 14961

CHAMPEIL-DESPLATS V., « la liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *Revue de droit du travail*, 2007, p. 19

CHARDIN V., « Le contrat de commande d'œuvre audiovisuelle », *Dalloz* 1997, chronique p. 202

CHAUTEMPS G., « Le droit de propriété : son étendue et ses limites », *Droit et patrimoine*, n° 300, juillet 1999, p. 5

CHAUVEAU L., « La protection des droits des salariés inventeurs », in *Etudes sur la*



propriété industrielle, littéraire, artistique. *Mélanges Marcel PLAISANT*, Sirey, 1960, p. 33

CHERON A., « Essai sur la qualification juridique d'un jeu vidéo », *Gazette du Palais*, 22 février 2005, n°53, p. 6

CHOISY S.

- note sous TGI Lyon, 1^{re} ch., 4 avril 2001, *RIDA*, oct. 2001, p. 421
- « La réappropriation du domaine public par le droit de la propriété intellectuelle », *com. Com électr.* Avril 2002, chronique 11, p. 12
- « Pour le progrès des Lumières : le droit à l'adaptation des œuvres du domaine public », *Dalloz*, 2007, p. 920

CLAVIER, J.-P.

- « Marque et droits des tiers. (vers un droit des « marques-médias ») », IRPI, *Propriété industrielle* n° 7, juillet 2004, Etude 13
- « Droit des brevets : vers de nouvelles frontières », in *La propriété intellectuelle en question(s), regards croisés européens*, Litec, 2006, p. 140
- « Nom patronymique célèbre et droit des marques », *L'essentiel Droit de la propriété intellectuelle*, 2011, n°8, p. 5, n°132
- obs. CJUE, 22 septembre 2011, n° C6323/09, « La CJUE tente de préciser la fonction d'investissement de la marque », *L'essentiel de la propriété intellectuelle*, 2011, n°10, p. 6
- CJUE, 18 octobre 2011, n°C-34/10, « Interprétation des notions d'« embryon humain » et de ses « utilisations à des fins industrielles ou commerciales », *L'essentiel droit de la propriété intellectuelle*, 2011, n°11, p. 4, n°182

COHEN D.

- « Le droit à... » in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF Dalloz, éd. du JurisClasseur, 1999, p. 393 ss.
- « La propriété intellectuelle, c'est le vol », *Le Monde* lundi 9 avril 2001, p.1
- « La liberté de créer », in *Libertés et droits fondamentaux*, sous la dir. de R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET, *Dalloz*, 2012, 18^e éd., p. 527

COHEN-JONATHAN G.

- « Liberté d'expression et message publicitaire », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1993, p. 69
- article 10, in L.-E. PETITTI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (sous la dir. de), *La convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 2^e éd., 1999, p. 366

COLIN C., « Devoir d'auteur », *RIDA* avril 2010, n°224, p. 161 et suiv.

COLOMBET C.

- note sous 1^{re} civ., 13 novembre 1973, *Dalloz* 1974, jurisprudence p. 533
- CA Paris, 4^e ch., B, 17 octobre 1980, *Dalloz* 1982, somm. p. 42
- TGI Paris, 30 septembre 1983, *Dalloz* 1984, somm. p. 289
- comm. de Paris, 15 octobre 1985, de Paris 30 mai 1985, et de civ. 1^{re}, 15 octobre 1985, *Sommaire commentés, Dalloz* 1986, p. 185 et 186
- cass. crim. 6 mai 1986, « Propriété littéraire et artistique », *Dalloz* 1987 somm. p. 151
- « Protection du titre d'une œuvre de l'esprit, comme l'œuvre elle-même, dès lors qu'il présente un caractère original », *Dalloz*, 1990, som. p. 50
- « Droit au respect de son nom de l'artiste-interprète : impossibilité d'invoquer ce droit



pour l'artiste dont le pseudonyme ne fait pas l'objet d'une notoriété et d'un usage prolongé », *Dalloz*, 1990, p. 52

- CA Paris, 25 avril 1989, *Dalloz* 1990, p. 58
- « Mécénat et propriété littéraire et artistique », in *mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 61
- CA Paris, 4^e ch. A, 7 janvier 1991, « Absence d'atteinte à la vie privée du propriétaire d'un voilier par la diffusion d'images de ce dernier », *Dalloz* 1992, somm. p. 15
- « La communication publique à l'occasion d'une émission de télévision de fresques décorant un théâtre n'est pas justifiée par le caractère d'information de l'œuvre à laquelle leur représentation est incorporée », *Dalloz* 1993, p. 91
- comm. de CA Versailles 17 mars 1994, « La définition du pastiche », *Sommaire commentés, Dalloz* 1995, p. 56
- com. sous TGI Paris, 25 mai 1994, « L'étendue de l'autorisation de transposer une œuvre littéraire en dessin animé », *Dalloz* 1995, somm. p. 285
- com. CA Versailles, 14^e ch., 18 octobre 1996, « Le synopsis d'une émission de télévision pour enfants n'est pas une œuvre protégeable dès lors qu'il correspond à un schéma classique et commun », *Dalloz* 1997, p. 93

COLOMBET S. et VIGNAUD M., « Publicité, presse, littérature et sexe : tout ce que vous avez toujours voulu savoir... », *légipresse* n° 204, septembre 2003, p.108

COMBEAU Ph., « Le problème de l'interopérabilité », *RIPIA*, n°177, 3^e trimestre 1994, p. 362

CORNU G., « b) Commande d'œuvre d'art », *RTD Civ* 1967 p. 188 n°4 et n°5, p. 189

CORNU M., com. de cass. 1^{re} civ. *RIDA* octobre 1999, n° 182, p. 149

CORNU M. et MALLET-POUJOL N., « Le droit de citation audiovisuelle : légitimer la culture par l'image », *légicom*, n°16, 1998/1, p. 119

COSTES L.,

- Com. de cass. 1^{re} civ., 15 mars 2005, « « Reproduction d'une œuvre s'incorporant au sol de l'espace public et non caractérisation d'une atteinte au droit d'auteur », *RLDI* avril 2005, p. 14 n° 111 et *RLDA*, mai 2005, n°82, juris. n°5146, p. 35
- « Introduction », *RLDI*, n°43, novembre 2008, act. p. 7
- « Reproduction d'une photographie et bénéfice de l'exception de courte citation », *RLDI*, 2008, n°34
- « Poupée vaudou : commercialisation autorisée par la Cour d'appel de Paris », *RLDI*, décembre 2008, n°44, p. 36
- Cass. 1^{re} civ., 8 octobre 2009, « Conditions d'utilisation d'un nom patronymique dans une œuvre de fiction », *RLDI*, novembre 2009, n°54, act. p. 34, n°1792
- « Œuvre d'Hergé : la reproduction d'une vignette de bande dessinée ne constitue pas une courte citation », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, décembre 2009, n°55, act. n°1815, p. 17
- « Nicolas Sarkozy obtient gain de cause contre un journal satirique », *RLDI*, n°63, août-septembre 2010, act., p.61, n°2081
- « Contrefaçon d'un modèle de table créé par Yves Klein », *RLDI*, n°68, février 2011, actualités p. 25-26
- « Film Etre et avoir : confirmation de l'exception « d'accessoire » », *RLDI*, juin 2011,



n°72, p. 17

- Com. CA Paris, pôle 5, ch. 12, 26 septembre 2011, « Piratage Nintendo : condamnation pour atteinte à des mesures techniques de protection », *RLDI*, n°76, novembre 2011, p. 39-40

CRAIPEAU N., « Libres propos sur l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 4 avril 2007 », *RLDI*, juillet 2007, n°29, p.9

CRAMIER P., « Prévention, répression des infractions sexuelles et protection des mineurs », *Légipresse* mars 1999, n°159, II, p. 26

CROMBEZ V.

- note sous CA Paris, 7^e ch., 12 avril 1995, « Protection de l'image d'un bien », *JCP éd. G*, 1997, II, 22806, p. 131

- « Protection de l'image d'un bien », *JCP G*, 19 mars 1997, n°12, II, 22806, p. 131

COUSIN A., com. de CA Paris, 2^e ch. B, 17 nov. 2006, « Image de marque, image des marques et diffamation sur internet », *RLDI*, mai 2007, n°27, p. 44

DALEAU J.

- « L'apparition accessoire d'une œuvre n'est pas une représentation », *Dalloz*, 2001, p. 2517

- note sous CA Paris, 4^e ch. A, 8 septembre 2004, « Contrefaçon d'un personnage dans un film publicitaire », *Dalloz* 2004, p. 2574

- cass. 1^{re} civ., 15 mars 2005, « Place des Terreaux de Lyon : épilogue d'une chronique judiciaire », *Dalloz* 2005, AJ, p. 1026

- « « Le poète a toujours raison » : victoire de Jean Ferrat », *Dalloz*, 2006, p. 579

- « Une marque sauvée de la déchéance par l'usage d'une marque voisine non enregistrée », *Dalloz* 2006, AJ p. 917

- « « Djobi Djoba » n'était qu'une contrefaçon », *Dalloz*, 2006, p. 1532

- note sous cass. com. 19 sept. 2006, « Appréciation du risque de confusion en matière de modèles », *Dalloz* 2006, p. 2462

- note sous cass. 1^{re} civ., 30 janvier 2007, « La liberté de création au secours du droit d'adaptation », *Dalloz*, 2007, actualité jurisprudentielle, l'arrêt de la semaine, p. 497

- Epilogue de l'affaire Mulholland Drive », *Dalloz*, 2007, n°18, p. 1209

- « Parodie de marque : épilogue de l'affaire Esso », *Dalloz* 2008, p. 1274

- Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2011, « Droit d'auteur : exception d'inclusion fortuite », *Dalloz* 2011, p. 1875

DAMPIERRE M.-A., « Pratique contentieuse. La protection de la valeur économique par le parasitisme », *comm. comm. électr.*, n°12, décembre 2010, comm. n°14

DAUSSY-ROMAN B., « Image des biens : la Cour de cassation persiste et signe », *Gazette du palais*, 18 octobre 2005, n°291, p. 14

DAVERAT X.

- « L'impuissance et la gloire. Remarques sur l'évolution contemporaine du droit des artistes-interprètes », *Dalloz* 1991, p. 93

- note cass. 1^{re} civ. 4 février 1992, « Le *remake* impossible », *JCP éd. G*, n°44, jurisprudence p. 349, II, n° 21930



- note sous Cass. 1^{re} civ., 25 mai 1992, « Lorsque le thème d'un film n'est pas protégeable en soi, les juges du fond doivent rechercher si la reproduction ou l'adaptation d'un élément caractéristique original de ce film est de nature à constituer une contrefaçon », *Dalloz*, 1993, p. 184
- « Sur une « généralisation » du droit d'auteur », *JCP G*, n°52, 24 décembre 1997, II, 22937
- note sous arrêts, informatique, communication et créations immatérielles : chronique n° XVI, 3^{ème} partie, PA, 14 août 2001, n°161 p.3
- « Informatique, communication et créations immatérielles : chronique n° XVII (1^{re} partie) », *Petites Affiches*, 15 mars 2002, n° 54, p.4
- « Informatique, communication et créations immatérielles : chronique numéro XVII (4^{ème} partie), *Les petites affiches*, 20 mars 2002, n°57, p. 9
- « La pornographie au cinéma : pour une nouvelle approche juridique », *Gazette du palais*, 13 mai 2003, n°133, p. 23
- CA Lyon, 1^{re} ch. Civ., 20 mars 2003, « Communication et créations intellectuelles : chronique n° XXII », *Petites affiches*, 19 janvier 2004, n°13, p. 6
- cass. 1^{re} civ. 15 mars 2005, « Communication et créations intellectuelles Chronique n° XXVIII (1^{re} partie) », *Petites affiches*, 27 février 2006 n° 41, p. 6, n° 3
- « Un an de droit de la musique », *comm. comm. électr.*, avril 2007, chronique n°4 (Cass. 1^{re} civ., 16 mai 2006, n° 05-11-780)
- « Communication et créations intellectuelles chronique n°XXXII (1^{re} partie), *Les petites affiches*, n°85, 28 avril 2008, p. 7
- « Droits voisins du droit d'auteur. Nature des droits voisins », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1410

DEBBASCH C., note sous CA Paris, 24 oct. 1991, *Dalloz* 1992, jur. p. 244

DE BELLESCIZE D., comm. Sous TGI Paris, 2 avril 1998, «« Aubrac, Lyon 1943 », Un cas exemplaire de condamnation d'un ouvrage pour diffamation par reproduction et par insinuation », *Les petites affiches*, 17 juillet 1998 n° 85, p. 24

DE CANDE P.,

- « Chronique de dessins et modèles », *propriétés intellectuelles*, 2004, p. 492
- chron. *Propriétés intellectuelles* n°41, octobre 2011, p. 433, à propos de CA Paris, pôle 5, ch. 2, 24 juin 2011

DECHRISTE P.-J.,

- « L'action en déchéance de marque pour défaut d'usage sérieux : une interprétation stricte des conditions d'application », *Dalloz* 2000, p. 833
- « L'interprétation stricte des conditions de la déchéance de marque pour défaut d'usage sérieux », *Dalloz* 2006, p. 1390

DECOCQ G., BALLOT-LENA A., com. cass. Com. 13 octobre 2009, n° 08-16.972, *JurisData* n° 2010-017130, « Concurrence déloyale et pratiques restrictives », *JCP E*, n°7, 17 février 2011, chron. 1135, n°16

DEFFAINS N., « Liberté d'expression et secret médical », *Europe*, n°10, octobre 2004, comm. 343

DESGORCES R., obs. sous Cass. 1^{re} civ. 16 juillet 1998, « La valeur constitutionnelle du



droit au respect de la vie privée », *comm. comm. électr.*, décembre 1999, comm., n°52

DE HAAS Ch.,

- « L'imprévisible droit d'auteur », *propriétés intellectuelles*, avril 2012, n° 43 p. 216
- « La fonction d'identification de la marque, la bonne fonction essentielle qui éclipse toutes les autres », *propriétés intellectuelles*, janvier 2013, n° 46, p. 4

DELAGE P.-J., « La dignité humaine relativisée, ou l'absolutisme de la valeur cédant devant une poupée », *RRJ*, avril 2009, n°2, p.1025

DE LAMY B., note sous cass. 1^{re} civ. 14 novembre 2006, « La cour de cassation et les marchands du temple : publicité et injure aux sentiments religieux », *légipresse*, n°239, mars 2007, III, p. 41

DELHOSTE M-F.

- « Liberté d'expression artistique et moralité publique, la pérennité d'un discours », *Revue de droit public*, n°3-2003, chronique p. 889
- « La liberté menacée par l'évolution technologique de la communication », *expertises* août-septembre 2005, doctrine p. 295

DENOIX DE SAINT MARC S., « Les facultés conventionnelles ou légales de s'affranchir d'un contrat de commande », *RIDA*, n°179, janvier 1999, p. 3

DEPADT-BELS M., comm. TGI Paris, 13 février 2001, *GP* 14-16 octobre 2001, som. n° 287, p. 53

DERIEUX E.

- Comm. sous civ. 1^{re}, 7 avril 1987, « Œuvre de commande liberté de création et droit moral d'auteur, commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation, 1^{re} ch. civ., du 7 avril 1987, Etat gabonais c./ Antenne 2 », *RIDA*, juillet 1989, n° 141, p. 199
- CA Paris, 1^{re} ch., section A, 13 mars 1996, « Atteinte à la vie privée et violation du secret médical », *Légipresse*, 1996, n° 130, III, 34 ; *JCP G* 1996 II, 22632
- « La loi du 15 juin 2000 et le droit de la communication », *Les petites affiches*, 18 juillet 2000 n° 142, p. 16
- « Abus de liberté d'expression et droit à réparation », *Petites affiches*, 14 août 2000 n° 161, p. 4
- cass. 2^e civ., 8 mars 2001, « Répression et réparation des abus de la liberté d'expression », *Les petites affiches*, 17 mai 2001, n°99, p. 21
- à propos de cass. 1^{re} civ., 2 mai 2001, « Protection de l'image des biens et droit de propriété », *légipresse*, n°191, mai 2002, III, p. 84
- obs. sous TGI Paris, réf., 3 octobre 2003, CA Paris, 14^e ch., A, 7 octobre 2003, « Publication d'un livre dans un contexte chargé d'émotion et de publicité des faits : rappel nécessaire du principe de la présomption d'innocence », *Légipresse*, 1^{er} novembre 2003, n° 206, III, p. 165
- « condamnation de la France par la Cour EDH pour l'interdiction définitive du livre Le grand secret », *Légipresse*, n°215, octobre 2004, III, p.173
- comm. sous CE 27 juin 2005, « Publications représentant un danger pour la jeunesse : levée de la mise en quarantaine », *légipresse*, n° 227, Décembre 2005, III, p. 253
- « Référé, liberté des médias et droit moral », *Légipresse*, n°232, juin 2006, II, chron. p. 73



- comm. Sous TGI Paris, 17^e ch. Corr., 22 mars 2007, jurisdata n°2007-327959; « L'affaire des « caricatures de Mahomet » : liberté de caricature et respect des croyances », JCP G, n°19, 9 mai 2007, II, 10079
- comm. sous CEDH, 2 octobre 2008, Leroy c/ France, « Apologie du terrorisme : d difficile équilibre des droits et des libertés », *Légipresse*, n°258, janvier février 2009, III, p.6
- « Poupée vaudou : liberté d'expression et de création et droit à l'image et à la dignité », JCP G, 11 février 2009, n°7, II, 10026, p. 33
- « Y a-t-il une vie (privée) après la mort ? Liberté d'expression et droits du défunt », *RLDI*, janvier 2010, n°56, act. p. 36

DE ROCQUIGNY M., « Droit à l'humour, droit d'auteur et droit des marques », *légipresse* n°182, juin 2001, II, p. 73

DESBOIS H.

- note sous CA Poitiers, 2 février 1943, *Dalloz*, recueil critique 1944, p. 44
- note sous Cass. 1^{re} civ., 27 février 1951, *dalloz* 1951, jurispr. p. 329
- obs. Cass. com., 29 novembre 1960, *RTD com*, 1961, p. 607
- à propos de TGI de la Seine, 3^e ch., 30 novembre 1961, *RTD com*, 1962, chronique, p. 262
- Cass. crim., 7 déc. 1961, *Dalloz* 1962, jurispr. p. 550
- « Œuvres d'art : Des contrats conclu entre peintre et marchands de tableaux qui contiennent, moyennant des mensualités et une participation de l'artiste au produit des ventes, une promesse d'exclusivité et une clause relative à un rythme minimum de production, *RTD Com* 1965, p.849 n°2
- com. de CA Paris, 7^e ch. 14 juin 1966, *RTD com* 1966, (chron. p. 931 et suiv.), p. 937, n° 2
- note sous cass. 1^{re} civ. 22 novembre 1966, *Dalloz* 1967, jurisprudence p. 485
- « Propriété artistique : contrats conclu entre peintres et marchands de tableaux ; les conditions de validité », *RTD Com* 1967, chronique p. 152
- chronique à propos de Nîmes, 1^{re} ch., 4 juillet 1966, *RTD Com*, 1968, p. 709
- note cass. 1^{re} civ. 5 mars 1968, « Propriété littéraire et artistique. 1. propriété artistique : droits de peintre, qui a composé les décors et costumes d'une œuvre théâtrale », *RTD com.*, 1969, p. 488
- à propos de CA Aix en Provence 23 février 1965, *RTD com.* 1969, p. 154
- obs. cass. 1^{re} civ. 3 décembre 1968, *RTD com.* 1969, p. 498
- « Propriété littéraire et artistique », *RTD com*, 1970, p. 120
- à propos de cass. 1^{re} Civ., 19 janvier 1970, *RTD Com*, 1972, p. 103, n°4
- note sous TGI de Paris, 3 janvier 1978, *Dalloz*, 1979, jurisprudence p. 99

DESJEUX X.

- « La protection des idées en droit positif », *Gazette du Palais* 1992.2, doctrine p. 971
- « Le droit d'auteur et les agissements parasitaires », *Gazette du Palais*, 1992, 2^e semestre, doctrine, p. 976

DESMOULIN-CANSELIER S., LACOUR S., « Le droit à l'épreuve des nanotechnologies (ou les nanotechnologies à l'épreuve du droit) », in M. LAHMANI, F. MARANO, Ph. HOUDY (dir.), *Les nanosciences. Nanotechnologie et nanoéthique*, éd. Belin, 2010, chapitre 21, p. 547

DE WERRA J., « Liberté de l'art et droit d'auteur », *media lex*, 3/01, Etudes et réflexions,



p.143

DIETZ A., « Mutation du droit d'auteur : changement de paradigme en matière de droit d'auteur ? », *RIDA*, n°138, octobre 1988, p. 23

DILLANGE C., « La « théorie de l'accessoire » en droit d'auteur : une limite aux contours incertains depuis l'adoption de la loi dite DADVSI du 1^{er} août 2006 », *comm. Comm. Electr.*, n°5, mai 2009, alerte 63

DOAT J.-P.,

- « La marque, acte de création. Réflexions d'un praticien », *RLDI*, juillet/août 2006, n°18, p. 61

- « La marque, création objet de droit d'auteur : portée et limites de l'application », à propos de cass. com. 4 juillet 2006, n°03-13.728, *RLDI*, janvier 2007, n°23, p. 6

DOMINO Ch., « De l'inattention à l'interdiction : l'expérience artistique menacée », in *La création est-elle libre ?*, éd. Le bord de l'eau, 2003, p. 131

DRAI L., « Vers la fin du droit absolu à l'image ? », *les petites affiches*, 16 septembre 2005, n°185, p. 8

DREIER Th., « La Directive du Conseil des Communautés européennes du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur », *JCP G* 1991, I, 3536

DREYER E.

- com. de cass. 1^{re} civ. 12 décembre 2000, « Les chaises, l'héritier et le publicitaire : petite fable moderne », *Dalloz*, 2001, p. 1530

- « L'image des biens devant l'Assemblée plénière : ce que je vois est à moi... », *Dalloz*, 2004 p. 1545

- « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *Dalloz* 2006, doctrine n° 11, p. 748

- « Image des choses », *jurisclasseur communication*, fasc. 3760, 2006

- « Disparition de la responsabilité civile en matière de presse », *Dalloz*, 2006, p. 1337

- note sous cass. 1^{re} civ., 12 décembre 2006, « la mémoire des morts, le juge et la loi », *Dalloz*, 2007, p. 541

- Cass. crim., 11 mars 2008, « Bonne foi du diffamateur : vers une nouvelle voie », in B. DE BEIGNIER, B. DE LAMY, E. DREYER, N. DE TAVIEAUX-MORO, « Droit de la presse et des médias », *JCP G* 2008, I, 209, n° 3

- « Image des personnes », *J.-Cl. Communication*, fasc. 3750, 2008

- « La dignité opposée à la personne », *Dalloz*, 2008, p. 2730

- « Image des personnes », *J.-Cl. Communication*, fasc. 3750, 2008

- « La liberté d'expression comme « droit » concurrent », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2009, n°49 supplément

- « Un an de droit de la publicité » ; *com. com. électr.*, juillet 2010, n°7, chronique n°7, p. 14

- Com. de cass. crim. 5 février 2013, n° 11-85909, « Peu importe ce que dit la loi : l'esclavage n'est pas un crime contre l'humanité », *légipresse* n° 303, mars 2013, p. 164

DUCHEMIN W.



- « Intérêt et limites du nouveau système de protection des dessins et modèles en Europe », *Propriétés intellectuelles*, octobre 2002, n° 5, doctrine p. 10
- « Modifications de la protection des dessins et modèles à la suite de la transposition de la directive dans le droit national », *Droit et Patrimoine*, 2002, dossier, p. 100

DUCREY G. et LANCRENON T., « Dessine-moi une maison ! », *Gazette du palais*, 16 décembre 2000, n°351, p. 8

DUFOUR B., « Musique électroacoustique, droit d'auteur et droits voisins », *RIDA* 1977 n° 93, p. 85

DUPONT L., note sous C. Versailles, 14^e ch., 14 janvier 2004, *Gazette du Palais*, 23 novembre 2004, n°328, p. 24

DUPUY-BUSSON S., « La clarification des objectifs de délivrance des visas d'exploitation des films. Une garantie pour la liberté d'expression cinématographique ? », *Légipresse*, n°279, janvier 2011, chron. p. 18

DURRANDE S.

- « Les rapports entre contrefaçon et concurrence déloyale », *Dalloz* 1984, Chron. p. 187
- « Du bâtonnet glacé à l'« esquimau » ou les avatars des marques devenues la désignation usuelle d'un produit », *Dalloz*, 1991, p. 234
- « La parodie, le pastiche et la caricature », in *Mélanges André Françon*, Dalloz 1995, p. 133
- « L'exploitation d'un bien sous la forme de photographies porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire », *Dalloz* 1999, somm. comm., p. 247
- « Le refus d'enregistrer la marque « Cannabia » pour atteinte à l'ordre public », *Dalloz*, 2000, p.1131
- « Celui qui invoque la dégénérescence d'une marque doit prouver la perte des droits du propriétaire sur sa marque », *Dalloz*, 2002, p. 1133
- « Conditions de la poursuite en contrefaçon (art. L. 713-2 et L. 713-3 c. prop. intell.) », *Dalloz* 2002, p. 1135
- CA Paris, 4^e ch., B, 19 oct. 2001, « Date d'appréciation du caractère distinctif d'une marque ; déchéance pour excès de notoriété », *Dalloz*, 2003, somm. p. 132
- CA Paris, 4^e ch. A, 4 décembre 2002 : obs. S. DURRANDE, *Dalloz* 2003, p. 2629
- obs. sous CA Paris, 14^e ch., 26 février 2003 et sous CA Paris, 4^e ch., 30 avril 2003, « Les limites à la liberté d'expression », *Dalloz* 2003, n° 39, somm. Comm. p. 2685
- obs. à propos de cass. com. 14 mars 2006, « Droit des marques », *Dalloz* 2006, p. 2319
- S. DURRANDE, « Contrefaçon de marque. Reproduction et imitation de marque », *JurisClasseur Marques*, fasc. 7511, 2008

DUSOLIER R.

- note sous CA Besançon, 5 juin 1970, cas. com. 29 février 1972, *ann. prop. Ind.* 1972, p. 20

DUSOLLIER S.

- « Les licences creative commons : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître », *propriétés intellectuelles*, janvier 2006, n°18, p. 10
- « Le dernier tournant de l'affaire « Mulholland Drive » », *Auteurs § Média*, juin 2006,

EDELMAN B.

- « De la nature des œuvres d'art d'après la jurisprudence », *Dalloz* 1969, chronique p. 61
- « Esquisse d'une théorie du sujet : l'homme et son image », *Dalloz* 1970, chron. p. 119, également in B. EDELMAN, *La personne en danger*, PUF, 1999, p. 113
- « Liberté et création dans la propriété littéraire et artistique, esquisse d'une théorie du sujet », *Dalloz* 1970, chronique p. 197 (XLI)
- com. sous cass. 1^{re} civ., 1^{er} juillet 1970, *Dalloz* 1970, juris. p. 770
- note sous TGI Paris, 30 juin 1971, *Dalloz* 1971, p. 978
- note sous arrêt du 8 janvier 1980, *Dalloz* 1980, jurisprudence p. 89
- « Le personnage et son double », *Dalloz* 1980, chronique p. 225
- note sous cass. 1^{re} ch. civ., 3 décembre 1980, *Dalloz*, 1981, jurisprudence p. 221
- note sous TGI Paris, 8 juillet 1981, « Histoire et responsabilité », *Dalloz*, 1982, jurisprudence, p. 59 ; également in B. EDELMAN, « 10. Histoire et responsabilité », in *La personne en danger*, PUF, 1999, p. 163
- note sous cass. 1^{re} civ., 13 février 1985, *Dalloz* 1985, , jurispr. p. 488
- « Chronique de propriété littéraire et artistique », *JCP* 1987, I, 3312
- CA Paris, 4^e ch., section A, 13 mai 1986, « Chronique de propriété littéraire et artistique », *JCP G*, n°51-52, 1987, chronique n°3312
- comm. sous arrêts, De Saint-Pierre c. Antenne 2, 24 février 1987 et Etat gabonais c. Antenne 2, cass. 1^{re} civ. 7 avril 1987, *Dalloz* 1988, jurisprudence p. 97
- « Chronique de propriété littéraire et artistique », *JCP* 1989, I, 3376, n°15
- « Chronique de propriété littéraire et artistique », *JCP* 1990, I, 3433 n° 10-12 (CA Paris, 1^{re} ch. 20 mars 1989, Fabris c/ Loudmer)
- TGI Paris, 1^{re} ch., 10 janvier 1990, « Un chef d'orchestre, titulaire de droits voisins, dont son interprétation d'un opéra a été utilisée pour un film, est recevable à exercer son droit moral sur l'interprétation de l'opéra par les auteurs du film », *Dalloz*, 1991, p. 206
- « La rue et le droit d'auteur », *Dalloz* 1992, chronique p.91
- « Un spectacle son et lumière présenté à l'occasion du centenaire de la Tour Eiffel constitue une œuvre de l'esprit », *Dalloz* 1993, p. 358
- note sous CA Versailles, 1^{re} ch., 13 février 1992, « Le producteur d'un phonogramme ne peut reprocher à l'auteur de réutiliser la musique pour une nouvelle chanson », *Dalloz*, 1993, p.402
- comm. sous cass. 1^{re} civ., 7 janvier 1992, *Dalloz*, 1993, jurisprudence p. 522
- « Le crépuscule du droit d'auteur », in *La personne en danger*, Presses universitaires de France, 1999, p. 227, également paru in *Le messager européen*, n°8, 1994, p. 371 et suiv.
- note sous CA Riom, ch. civ., 15 septembre 1994, « Constitue une parodie de l'emblème de marque l'utilisation de cet emblème par un syndicat dans le cadre de sa mission », *Dalloz* 1995, jurisprudence p. 429
- « Le Conseil constitutionnel et l'embryon », *Dalloz* 1995, chron. p. 205
- note TGI Paris, 1^{re} ch., 1^{er} février 1995, « Il n'y a pas d'atteinte à la vie privée lorsque la personne qui s'estime lésée ne subit pas elle-même le manquement reproché, mais est dans une situation analogue. La liberté d'expression dégénère en abus de droit lorsqu'une campagne publicitaire exploite la souffrance des malades du SIDA en affichant des corps humains marqués de la mention HIV », *Dalloz* 1995, p. 569, n°11
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 4 juillet 1995, « La représentation d'une œuvre artistique dans une œuvre audiovisuelle », *Dalloz*, 1996, p. 4
- note sous CA Paris, 28 mai 1996, « Publicité et dignité humaine », *Dalloz*, 1996,



jurisprudence p. 617

- « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *Dalloz*, 1997, p. 185
- « Le droit moral du metteur en scène de théâtre », *Dalloz* 1997, p. 357
- « Responsabilité civile d'une chaîne de télévision à raison de propos prêtés au dirigeant d'une société lors d'une émission satirique, l'article 1382 du code civil n'exigeant pas une existence d'une intention de nuire », *Dalloz* 1997, somm. p. 411
- « La Cour de cassation ne rit pas », *Dalloz* 1997, p. 411
- com. CA Paris 27 mars 1998, « La protection des jeux télévisés », *Dalloz* 1999, jur. 417
- CA Reims, 9 février 1999, « Une belle victoire des Guignols de l'Info », *Dalloz*, 1999, p. 449
- « Du mauvais usage des droits de l'homme (à propos du jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 23 février 1999) », *Dalloz*, 2000, p. 455
- ass. Plén., 12 juillet 2000, « Vers une reconnaissance de la parodie de marque », *Dalloz* 2001 p. 259
- « Propriété littéraire et artistique. Droit d'auteur. Nature du droit d'auteur », *jurisclasseur propriété littéraire et artistique*, fasc. 1112, 2001
- « L'exception de parodie appliquée au droit des marques », *légicom* n°25, 2001/2, p. 97
- « La dignité humaine ne relève pas des droits de l'Homme », in M.-A. HERMITTE (sous la dir.) *La liberté de la recherche et ses limites, approches juridiques*, éd. Romillet, 2001, p. 139
- TGI Lyon, 1^{re} ch., 4 avril 2001, « De la prééminence du domaine public », *Dalloz* 25 avril 2002, n°17, p. 1417
- « Droit des marques et liberté d'expression », *Dalloz* 2003, n° 27, commentaire de l'arrêt la cour d'appel de Paris du 26 février 2003, jurisprudence p. 1831
- « Etre et avoir », *Dalloz affaire*, 2003, p. 2738
- « Vers une « exception de domaine public » en droit d'auteur », *Dalloz* 2003, juris. p. 3037 (sous CA Lyon 20 mars 2003)
- « L'erreur sur la substance ou l'œuvre mise à nu par les artistes mêmes, sur l'arrêt de la cour de cassation du 5 février 2002, *Dalloz*, 2003 n°7, Chronique p. 436
- « Valeurs non marchandes et ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, éd. Frison-Roche, Paris, 2003, p. 356
- « Requiem pour un héros », *Recueil Dalloz*, 15/07/2004, jurisprudence n°28, p. 2028
- « Du baiser-vampire à la « dégradation » d'un concept », *Dalloz* 2008, p. 588
- « La cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? » *Dalloz*, 2008, p. 1946
- « La création dans l'art contemporain », *Dalloz*, 2009, p. 38
- à propos de l'arrêt du 13 novembre 2008, « Un arrêt énigmatique », *Dalloz*, 2009, p. 263
- « Le président piqué... dans sa dignité », *Dalloz*, 2009, p. 610

EL SHAZLY Y., « La Cour de cassation met fin à la saga de Greenpeace. Vive la liberté d'expression ! », *RLDI*, n° 39, juin 2008, p. 35, n° 1300

FAVOREU L., « La décision du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations », *RDP*, 1982, p. 418

FAVRO K., « La doctrine du CSA en faveur de la protection de l'enfance et de l'adolescence », *Légicom*, n°37, 2007/1, p. 43



FERAL-SCHUHL Ch., « Droits d'auteur : nouveautés et incertitudes de la Directive européenne sur la protection des programmes d'ordinateur », *Gaz. Pal.* 19 mars 1992, doctrine p. 209

FERRIER D., « La liberté du commerce et de l'industrie », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 18^e éd., 2012, p. 783 et suiv.

FICHET Ch., « Nanotechnologies dans le domaine médical : un remède face à la crise en mal de réglementation », *petites affiches*, 9 septembre 2009, n°180, p. 3

FIECHTER-BOULVARD F., « La caricature : dualité ou unité », *RTD Civ* janvier/mars 1997, p. 67

FIN-LANGER L., « les statuts de salarié et de créateur sont-ils compatibles ? », *Droit et patrimoine*, 2006, dossier n° 147-5

FOLLIARD-MONGUIRAL A.,

- « Florilège de jurisprudence 2006 en matière de droit communautaire des marques », *Prop. industr.* février 2007, étude 4, n° 16
- CJCE 13 septembre 2007, affaire C-234/06, « CJCE, arrêt Bainbridge ou les aléas de la vie en famille (de marque) », *propriété industrielle*, 2007 comm. 89
- « CJCE, arrêt Christian Dior : le luxe et ses privilèges », *propriété industrielle*, juin 2009, n°6, p. 30
- « CJCE, arrêt Bellure : publicité comparative et tableaux de concordance », *propriété industrielle*, 2009, n° 9, com. n° 51, p. 27

FOMETEU J., « Recherches... infructueuses sur l'autonomie de l'œuvre collective », *RLDI*, novembre 2008, n°43, étude n°1431, p. 69

FOULON-PIGANIOL J., « Le nom de la personne et les personnages d'une œuvre de l'esprit », *Dalloz*, 1968, chronique p.117

FOURLON A.

- « « Toute ressemblance avec des personnages existant ou ayant existé... » est-elle constitutive d'une atteinte aux droits de la personnalité ? Étude de la jurisprudence rendue en matière de fictions du réel », *comm. Comm. Électr.* n°3, mars 2005, étude 5
- Com. sous TGI Paris, 17^e ch., 9 mai 2007 et 25 juin 2007, « Lorsque le droit à l'image cède devant la liberté d'expression artistique », *Légipresse* n°246, novembre 2007, III, p. 234
-

FOURMENT F., note sous cass. crim. 15 mars 2011, « Droit de la presse », *gazette du palais*, 16 juin 2011, n°167, p. 12

FOYARD T., Cass. ass. plén. 5 nov. 1993, « La reproduction intégrale dans le catalogue d'un commissaire-priseur de tableaux en format réduit ne peut s'analyser en une courte citation », *Dalloz* 1994, p. 481

FRANCILLON J.,

- « Infractions de presse : délit de contestation de crime contre l'humanité », *Trib. corr.*



Paris, 27 février 1998, *revue de science criminelle*, 1998, p. 576

- « Liberté d'expression et respect des convictions religieuses », *Revue de science criminelle*, 2006, p. 625

- « Caricatures de Mahomet : une décision équilibrée (TGI Paris, 17^e ch., 22 mars 2007) », *Revue de science criminelle*, 2007, p. 564

- Com. de CEDH, 15 janvier 2009, Orban et a. c/ France, aff. 20985/05, « Les délits d'apologie de crimes de guerre et d'apologie du terrorisme à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue de Science Criminelle* 2009, p. 124

- comm. à propos de crim. 23 juin 2009, n° 08-82.521, bull. crim. n° 132, « Délit de presse. Contestation de l'existence de crimes contre l'humanité », *revue de science criminelle*, 2010, p. 170

FRANCOIS L.

- « le conflit entre la liberté d'expression et la protection de la réputation ou des droits d'autrui. La recherche d'un « juste équilibre » par le juge européen », *Dalloz*, 2006, p. 2953

- Com. de CEDH, 15 janvier 2009, Orban et a. c/ France, aff. 20985/05, « Epilogue européen dans l'affaire de la publication des mémoires du Général Aussaresses : la liberté d'expression à l'épreuve de l'apologie de crimes de guerre », *RLDI*, juillet 2009, n°51, act. p. 32 et suiv.

FRANCON A.

- comm. sous Bruxelles, 2^e ch., 29 septembre 1965, *JCP* 1966, II 14820, jurisprudence, p. 60

- « Des limitations que les droits de personnalité apportent à la création littéraire et artistique », *RIDA*, avril 1971, n°68, p. 149 et s.

- TGI Paris, 9 janvier 1970, *JCP* 1971, 16645

- « La prohibition des marques descriptives en Droit français », in *Hommage à Henri Desbois, études de propriété intellectuelle*, Dalloz, 1974, p. 127

- obs. sous cass. 1^{re} civ. 9 novembre 1983 (Microfor), *JCP* II 20189

- TGI Paris, 14 décembre 1983, *RTD Com* 1984, jurisprudence, p. 284 et s.

- TGI Paris, 27 novembre 1985, *RIDA* juillet 1986, p. 166

- à propos de civ. 1^{re}, 7 avril 1987, *RTD Com*, avril-juin 1988, jurisprudence p. 224

- Cass. 1^{re} civ., 28 mai 1991, Asphalt Jungle, « Colorisation des films. Droit au respect des auteurs. Contrat régi par une loi étrangère ne reconnaissant pas ce droit. Loi française d'application impérative », *RTD com* 1991, p. 386

- à propos de TGI Paris, 14 mai 1992 et TGI Paris 7 octobre 1992, *RTD Com*, janvier-mars 1993, chronique de jurisprudence p. 96

- « Droit au respect sur une œuvre théâtrale. Metteur en scène (TGI Paris 15 oct. 1992, *Lindon et Sacd c/ La Compagnie Brut de Béton et Boussagol*, inédit », *RTD com*, 1993, p. 98

- « Exception de parodie. Conditions d'exercice. Sté Enoch c/ Faizant et Le Point, Paris, 11 mai 1993, inédit », *RTD com*, 1993, p. 510

- note à propos de cass. 1^{re} civ., 10 mars 1993, *Dalloz*, 1994, jurisprudence p. 78

- com. de Cass. ass. plén. 5 nov. 1993 *RTD com*. 1994, p. 50

- note sous cass. ass. plén. 5 novembre 1993, « Propriété littéraire et artistique », *JCP* 1994. II. 22201

- « Droit d'un propriétaire sur l'image de son bien » note sur Cass. 1^{re} civ. 10 mars 1999, *RTD Com*, avril-juin 1999, jurisprudence p. 397

- « Définition des artistes-interprètes et artistes de complément », comm. de cass. 1^{re} civ., 6 juill. 1999, Debrane c/ Telema ; Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 1999, Telema c/ Dame Leclair, inédit, *RTD Com*, 1999 p. 869



- *RTD Com* 1954, avril-juin 2001, p. 436

FRAYSSINET J., « Le pseudo-droit à l'oubli appliqué à la presse », *Légipresse*, n°276, octobre 2010, p. 273

FREMOND P.

- note sous TGI Paris, 13 juin 1973, *Gazette du Palais*, 10 janvier 1974, 1, jurisprudence p. 27
- « Peut-on citer une photographie ? », *Cah. dr. auteur* 1991, n° 34, p. 1
- note sous CA Versailles, 31 janvier 1991, *Gazette du palais* 1992, 2, p. 534

FRICERO N., obs. à propos de CEDH 18 mai 2004, « L'affaire Plon ou l'interdiction européenne d'un secret éternel », *Dalloz*, 2004, somm. Comm. p. 2539

FRISON-ROCHE M-A., *L'interférence entre les propriétés intellectuelles et les droits des marchés, perspective de régulation*, in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, sous la direction de M.-FRISON-ROCHE M-A. et ABELLO A., L.G.D.J. 2005, p. 15 et s.

FRUTEAU C., « de l'exclusion des idées », in M. VIVANT, dir. *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, grands arrêts, 2004, n°6, p. 78

FUSCO-VIGNE A. et GLEIZE B., « Zoom sur l'image des biens : la création photographique en danger », *Annales de la Faculté de droit d'Avignon*, 2000, p.63

J.F., comm. de cass. 1^{re} civ., 10 mars 1999, « Illicéité de l'exploitation commerciale, sans autorisation de son propriétaire, de l'image d'un immeuble », *Dalloz affaires* n°157, jeudi 15 avril 1999, p. 629

GAILLARD E., « La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français », *Dalloz*, 1984, chron., XXVI, p. 161

GALAN D., « L'accueil de l'œuvre « *Paradis* » dans le cénacle du droit d'auteur ou l'enfer de « *La nouvelle Ève* » », *RLDI*, 2009, n°45, actualités

GALLEGO A., comm. sous Civ. 1^{re}, 29 novembre 2005, « Faut-il encore le dire ? Les idées sont de libre parcours », *PA*, 15 février 2006, n°33 p.10

GALLOCHAT A., « La brevetabilité du vivant : de la bactérie au génome humain », in *Mélanges offerts à Jean-Jacques BURST*, Litec, 1997, p. 181 et s.

GALLOT LE LORIER M-A. et VARET V., com. sous CA Paris, 1^{re} ch. section A, 14 septembre 1999, « Le droit d'auteur limité par l'espace public », *légipresse* n°169, mars 2000, III, p. 33

GALLOUX J-Ch.,

- CA Paris, 26 févr. 1992, *JCP* 1993, II, n° 22022, note J.-C. GALLOUX
- « La représentation intégrale des œuvres d'un peintre au cours d'une émission de télévision ne peut constituer une courte citation », *JCP G* n° 38, 20 Septembre 1995, II 22486
- « La brevetabilité de fragments d'ADN humain sous la Convention sur le brevet européen », *Dalloz*, 1996, jurispr. p. 44



- « Premier bilan de la protection communautaire des variétés végétales », *propriété s intellectuelles*, juillet 2005, n° 16, doctrine p. 285 à propos de l'affaire A-017/2002 du 3 avril 2003
- « Droit des dessins et modèles : panorama 2004 », Dalloz, p. 1708
- comm. de TGI Paris, 26 mai 2004, « *Profumo di diritto* – Le principe de la protection des fragrances par le droit d'auteur », *Dalloz*, 2004, p. 2641
- « jurisprudence en matière de certificat d'obtention végétale », *RTD com*, 2005, p. 297
- « Exceptions et limitations au droit d'auteur : exception française ou paradoxe français ? », in Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R. HILTY, *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, éd. Litec, 2007, p. 329
- « Contrôle de constitutionnalité de l'accord sur l'application de l'article 65 de la Convention sur la délivrance de brevets européens (Cons. const., 28 sept. 2006, décis. n° 2006-541 DC) », *Dalloz*, 2007, p. 61
- TGI Paris 3^e ch., 18 mars 2005, « Dessins et modèles : chronique d'actualité », *RTD com* 2007, p. 68
- « Conclusion prospective », in *Contrefaçon sur internet. Les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.0, colloque de l'IRPI*, Litec, 2009, p. 133

GASNIER J-P.

- « un an de jurisprudence de la division d'annulation de l'OHMI en matière de dessins ou modèles », *propriété industrielle*, n° 2, février 2008, chronique 1
- OHMI, 3e ch. rec., 17 avr. 2008, aff. R 860/2007-3, com., « Définir l'utilisateur averti : c'est la classe ! », *propriété industrielle*, n°2, février 2009, com. 14
- Trib. UE, 5e ch., 18 mars 2010, aff. T-9/07, « Qu'est-ce qu'un « conflit avec un dessin ou modèle antérieur » ? Le Tribunal de l'Union européenne répond », *propriété industrielle*, 2010, n°6, p. 36, com.42
- CA Paris, pôle 5, ch. 2, 24 juin 2011, obs. chron. *Propriétés intellectuelles* n°41, octobre 2011, p. 433

GAUDIN L., « Liberté d'expression et caricature de marque », *RLC*, juin 2008, n° 50, p. 24, n° 3017

GAUBIAC Y.,

- Com. sous cass. 1^{re} civ., 10 mars 1999, « Conflit entre le droit de propriété sur le support matériel de l'œuvre et le droit incorporel de l'auteur », *com. com. électr.* octobre 1999, comm. 4
- « Droit d'auteur et intérêt général », *propriétés intellectuelles*, juillet 2010, n° 36, p. 814

GAUDRAT Ph.

- « 2. Propriété des créations : l'auteur mutant », in L. SFEZ, *Dictionnaire critique de la communication*, tome II, 1993, p. 1240
- « Les démêlés intemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur », *RIDA* n°190, octobre 2001, p.71
- « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la « société de l'information » », *RTD com*, 2003, p. 503
- « Sombre actualité. Projet de loi sur le droit d'auteur, les droits voisins et la société de l'information et la copie privée empêchée », *RTD com*, 2006, p. 386
- « L'arrêt Mulholland Drive du 28 février 2006 (première Chambre civile) », *RTD com*, avril 2006, n°2, p. 400



- « Réflexions sur les œuvres plurales créées en ligne », *RTD Com* 2008, p. 323
- « Propriété littéraire et artistique », *Rép. Civ. Dalloz*, 2010

GAUDRAT Ph. et SARDAIN F., « De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur », *com. com. électr.* 2005, étude 37

GAUDRAT Ph. et M. VIVANT M., « Marchandisation », in M. VIVANT (dir.) *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz 2004, p. 42

GAUMONT-PRAT H.,

- « Brevetabilité du vivant : animal, végétal et humain. – inventions biotechnologiques et contexte sociojuridique », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4240, 2008
- « Brevetabilité du vivant : animal, végétal et humain. – Application du droit des brevets aux inventions biotechnologiques », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4241, 2008

GAUTIER P-Y.

- comm. sous civ. 1^{re}, 12 janvier 1988, *Dalloz*, 1989, jurisprudence p. 1
- comm. de CA Paris, 21 novembre 1990, « La bicyclette bleue n'est pas une contrefaçon d'Autant en emporte le vent », *Dalloz* 1991, jurisprudence, p. 85
- « La loi sur le droit moral de l'auteur est une loi impérative », *Revue critique de droit international privé*, 1991, p. 752
- note sous cass. 1^{re} civ. 4 février 1992, « Les juges du fond doivent procéder à des vérifications personnelles afin d'établir s'il existe une contrefaçon par un auteur français d'un célèbre roman américain », *Dalloz*, 1992, jurisprudence p. 182
- com. cass. 1^{re} civ. 24 novembre 1993, *RTD civ.* juillet/septembre 1994, p. 631
- note sous CA Versailles, ch. civ. Réunies, 15 décembre 1993, « « La bicyclette bleue », roman écrit par Régine Deforges, n'est pas une contrefaçon du roman « Autant en emporte le vent » », *Dalloz*, 1994, jurisprudence p. 132
- « Les critères qualitatifs pour la protection littéraire et artistique en droit français », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46 n° 2 avril-juin 1994, p. 557
- note sous civ. 1^{re}, 10 mars 1999, « Le droit subjectif sur l'image d'un bien, ou comment la Cour de cassation crée de la « para-propriété intellectuelle », *JCP éd. G*, n° 18, 5 mai 1999, jurisprudence 10078, p. 857
- « Qu'est-ce que la propriété intellectuelle ? » *Le Monde* mercredi 11 avril 2001, p. 16
- « La liberté qui opprime et la loi qui affranchit », *Le Débat*, 2001/5, n°117, p. 43
- « Faut-il repenser la propriété intellectuelle ? », *RIPIA*, 3^e trimestre 2001, n°205, p. 87
- « L'indifférence de la bonne foi dans le procès civil pour contrefaçon », *propriétés intellectuelles*, avril 2002, n°3, p. 28
- « La protection juridique de l'innovation aux confluent de l'économie et de l'éthique », *Droit et patrimoine*, 2003, n°119, dossier
- « « Qui doit garantir ne peut évincer ? » Pas forcément », *RTD civ.*, avril 2006, p.339
- « L'élargissement des exceptions aux droits exclusifs, contrebalancé par le « test des trois étapes », *comm. comm. électr.* N°11, novembre 2006, étude 26, n°8
- « Le triomphe de la théorie de l'arrière-plan. – (à propos de l'arrêt CA Paris, 4^e ch., section B, 12 septembre 2008) », *com. Com. Electr.*, n°11, novembre 2008, étude 23

GAUTREAU M. et LETTE PH., note sous TGI Paris, 14 mai 1974, *RIDA*, juillet 1974 n° LXXXI, p.147



GAUTRON A.

- comm. de TGI Paris, ord. Réf., 10 mars 2005, et TGI Paris, 14^e ch., B, 8 avril 2005, « L'exploitation publicitaire des symboles religieux et le juge : à la recherche d'un équilibre entre liberté d'expression et droit au respect des convictions intimes », *RLDI*, 2005 actualités, activités de l'immatériel, éclairage

GAZAGNE D.,

- « Etat de l'art des nanotechnologies et cadre juridique européen et français (1^{re} partie), *gazette du palais*, 22-23 avril 2009, doct. p. 1216
- « Etat de l'art des nanotechnologies et cadre juridique européen et français (2^e partie), *gazette du palais*, juillet août 2009, doct. p. 2360
- « Le cadre juridique européen et français des nanomatériaux : un déficit réglementaire », *gazette du palais*, janvier-février 2010, doct. p. 151

GEIGER Ch.

- note sous cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2003, « Exception de citation et droits fondamentaux, une occasion manquée de faire avancer le discours sur les exceptions au droit d'auteur », *JCP éd. G*, n° 21, 19 mai 2004, II 10080
- « Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle ? », *JCP éd. G*, n° 29, 14 juillet 2004, doctrine I 150, p. 1313
- « De la nature juridique des limites au droit d'auteur, une analyse comparatiste à la lumière des droits fondamentaux », *Propriétés intellectuelles*, octobre 2004, n°13, doctrine p. 882
- « Pour une plus grande flexibilité dans le maniement des exceptions au droit d'auteur », *A & M*, 2004, n° 3, p. 213
- « Droit d'auteur et droit du public à l'information (pour un rattachement du droit d'auteur aux droits fondamentaux) », *Dalloz* 2005, n°38, chronique, p. 2683
- « Liberté de l'image et droit d'auteur », *légicom* n°34- 2005/2, p.65 et *légipresse* n° 223, juillet/août 2005, p. 84
- « L'arrêt « Buren », une libération ? », *RLDI*, mai 2005, n° 5, act. n°134, p. 10
- « L'avenir des exceptions au droit d'auteur. Observations en vue d'une nécessaire adaptation et harmonisation du système », *JCP G*, n° 47, 23 novembre 2005, I, 186
- « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », *RIDE*, 2006, p. 389
- « Droit d'auteur et droit du public à l'information : relation conflictuelle ou pacifique ? » in A. STOWEL et F. TULKENS (dir.), *Droit d'auteur et liberté d'expression*, Larcier, 2006, p. 103
- « droit des marques et liberté d'expression. De la proportionnalité de la libre critique », *Dalloz* 2007, p.884
- « Droit d'auteur et liberté de création artistique : un fragile équilibre. Libres propos à partir de l'arrêt « Victor Hugo » de la Cour de cassation du 30 janvier 2007 », *RLDI*, n° 26, 4/2007
- note sous TGI Paris, 6 juin 2008, « « Exception d'information » et droit du public à l'information : une application cumulative », *Dalloz*, 2009, p. 542
- « L'avenir du droit d'auteur en Europe. Vers un juste équilibre entre protection et accès à l'information », *JCP G*, n°48, 23 novembre 2009, étude 493
- « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *Dalloz*, 2010, p. 510 et suiv.
- « Marques et droits fondamentaux », in *Les défis du droit des marques au XXI^e siècle. Actes du colloque en l'honneur du professeur Yves Reboul*, Litec, 2010, p. 175



GEIGER Ch., GRIFFITHS J., HILTY R., « Déclaration en vue d'une interprétation du « test des trois étapes » respectant les équilibres du droit d'auteur », *propriétés intellectuelles*, octobre 2008, n°29, p. 399

GEIGER Ch., MACREZ F., BOUVEL A., CARRE S., ASSLER T. et SCHMIDT J., « Quelles limites au droit d'auteur dans la société de l'information ? Réponse au Livre vert sur « le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance » », *propriétés intellectuelles*, juillet 2009, n°32, doctrine p. 231

GEIGER Ch., PASSA J., VIVANT M., « La proposition de directive sur l'extension de la durée de certains droits voisins. –Une remise en cause injustifiée du domaine public », *JCP G*, n° 5, 28 janvier 2009, act. 46

GELLER P. E., « La dissolution de la propriété intellectuelle », *propriétés intellectuelles*, janvier 2006, n° 18, p. 4

GINSBURG J., « Histoire de deux droits d'auteurs : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaires », *RIDA* n°47, janvier 1991, p. 124

GINSBURG J. et SIRINELLI P., « Les difficultés rencontrées lors de l'élaboration d'une œuvre multimédia. Analyse des droits français et américain », *JCP G* n°5, 31 janvier 1996, I, 3904

GITTON A., « La copie privée en perspective », *Gazette du palais*, 22 janvier 2002, n°22, p. 3

GLEIZE B.,

- CA Bordeaux, 25 mai 2004, première chambre, section A, « L'image des biens au pays du droit des marques », *RLDI*, 1/2005, Actualités
- Cass. 1^{re} civ., 28 juin 2012, n° 10-28716, *légipresse*, n° 301, janvier 2013, p. 26

GODFRIN G., « Droit des biens : réécriture ou réforme ? », *Construction Urbanisme*, n°2, février 2009, alerte 8

GONZALEZ G., note sous 1^{re} civ. 14 novembre 2006, « liberté d'expression versus liberté de religion : le poids de la convention européenne des droits de l'homme », *GP dimanche* 10 au mardi 12 décembre 2006, jurisprudence p. 9

GOTZEN F., « Quelques variations sur un grand thème : le droit d'auteur face à l'information scientifique », in *IRPI, La propriété intellectuelle en question(s). Regards croisés européens*, Litec, Paris, 2006, p. 45

GRAS F., « Affichage publicitaire et liberté d'expression : l'affaire Larry Flynt », *les Petites Affiches*, 24 février 1997, n° 24, p. 10

GREFFE F.

- Obs. sous CA Paris, 22 mai 1980, *JCP* 1981, II, 19505
- « Appréciation de la nouveauté et de l'originalité d'un modèle qui s'inspire du domaine public et appréciation de la contrefaçon dans pareille hypothèse », *propriété*



industrielle, février 2006, com. 19, p. 30

- « A propos de « l’affiche retouchée » de l’exposition consacrée à Jacques Tati », *Gazette du Palais*, 26 mai 2009, n° 146, p. 3

- « La CJUE condamne à nouveau le critère dit de la multiplicité des formes », *propriété industrielle* n° 3, Mars 2011, comm. 25

GREFFE P.,

- note sous CA Paris, 6 février 2004, « Appréciation au regard du domaine public », *propriété industrielle*, n°10, octobre 2004, comm. 82

- note sous CA Paris, 4^e ch., A, 9 mars 2005, « Modification des proportions : protection ? », *propriété industrielle*, n°10, octobre 2005, comm. 80

- note sous cass. 1^{re} civ. 15 mars 2005, « Propriété littéraire et artistique », *gazette du palais*, 10 novembre 2005, n° 314, p. 21

- note sous CA Paris, 4^e ch., section B, 16 mai 2008, « Non protection du genre », *propriété industrielle*, n°9, septembre 2008, comm. 69

GREFFE F., KAMINA P. et GREFFE P., « Appréciation de la nouveauté et de l’originalité d’un modèle qui s’inspire du domaine public et appréciation de la contrefaçon dans pareille hypothèse », *propriété industrielle*, février 2006, commentaire p. 30

GREGOIRE S., « Auteur : œuvre littéraire et droit moral », *in* Centre d’étude sur la coopération juridique internationale, « Propriété littéraire et artistique », *JCP E*, n°37, septembre 2007, n° 2065, p. 17, n° 2

GRIDEL J-P.

- « Brèves remarques approbatives de la cassation intervenue dans l’affaire dite des Guignols de l’info », *Dalloz*, 1998, p. 183

- « Droit du propriétaire de s’opposer à la diffusion de l’image de son bien, action en justice des associations : un arrêt doublement instructif », *Dalloz*, 2001, p. 1973

- « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *Dalloz* 2002 n°3, chronique p. 228 et 345 (2^{ème} partie)

GUEDJ A., « Le grand secret de François Mitterrand devant la Cour européenne des droits de l’homme », *Dalloz*, 2004, p.1838

GUEGAN A., « De la libre critique d’une entreprise, à partir de sa marque, par des associations de protection de l’environnement », *RLC* décembre 2008, n° 55, act. p. 15

GUERDER P., note sous Cass. 1^{re} civ., 29 nov. 2005, *Gaz. pal.* 3/5décembre 2006, p. 9

GUERDER P. et CHEMITHE Ph., note cass. 2^e civ., 8 mars 2001, *Gazette du palais*, 19 juin 2001, n°170, p. 17

GUEZ Ph., note sous CA Paris, 4^e ch., section A, 14 novembre 2007, « Droit à l’image de l’artiste interprète et exploitation des interprétations tombées dans le domaine public », *Légipresse*, n°250, avril 2008, III, p. 41

GUILÉ M., « L’Assemblée plénière sauve la parodie de marque quand elle ne crée pas de risque de confusion entre la réalité et l’œuvre satirique », *Revue Juridique Personnes et Famille*, 2000, n°11



GUTMANN D., « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? » in *mélanges en hommage à F. Terré*, D PUF juriscasseur, 1999, p. 329

GUYOMAR M. et COLLIN P., « chronique générale de jurisprudence administrative française », *AJDA* 2000, doctrine, p. 609 et jurisprudence p.674

HAARSCHER G.

- « La liberté d'expression et ses limites », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1995, p. 401

- « Le blasphémateur et le raciste », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1995, p. 417

HAAS M.-E., CA Paris, 28 novembre 2001, *gazette du palais*, 12-13 juillet 2002, p. 40

HAAS M.-E. et COUSIN A., TGI Paris, 3^e ch., 9 juillet 2004, « Abus de la liberté d'expression : contrefaçon de marque ou délit de presse ? », *légipresse*, décembre 2004, III, n° 217, p. 229

HAAS G., DE TISSOT O., « Le paradoxe du « droit à l'oubli », déréférencement du nom patronymique et moteur de recherche », *Expertises*, mars 2005, doctrine p. 104

HAMOU M., « Peut-il exister un droit de propriété sur l'image des biens ? », *Gazette du palais*, 16 décembre 2000, n°351, p. 19

HASSLER Th.

- note sous CA Paris, 1^{re} ch. B, 26 octobre 1984 (Ave Maria), *JCP* 1985, jurisprudence, II, n° 20452

- CA Dijon, 22 mars 1988, *Dalloz* 1988, somm. p. 250

- obs. sous CA Paris, 1^{re} ch. A, 27 septembre 1988, *dalloz* 1989, somm. p. 301

- « La présentation de tableaux lors d'une émission télévisée à caractère d'information est une courte citation licite », *Dalloz* 1992, som. p. 74

- obs. sous 26 févr. 1992, *Dalloz* 1993, Somm. p. 246

- note sous cass. 1^{re} civ., 27 septembre 2005, « Article 1382 du code civil et abus dans la liberté d'expression : circulez il n'y a plus rien à voir ! », *Dalloz* 2006, n°7, jurisprudence p. 485

- « La jurisprudence des dessins et modèles en 2005 : le best-of », *propriété industrielle* n°6 juin 2006, étude 17

- « Droit de la personnalité : rediffusion et droit à l'oubli », *dalloz*, 2007, p. 2829

- « Rediffusion de l'image banale d'un mineur et liberté d'expression : consentement du sujet ou flocage... au diffuseur de choisir », à propos de cass. Civ. 1^{re}, 14 juin 2007, *LPA*, 2 octobre 2007, n° 197, p. 15

- « L'image banale d'une personne ou le triangle des Bermudes du droit à l'image », *LPA*, 30 décembre 2008, n°261, p.4

- « « Poupée vaudou Sarkozy » ou la question des limites du droit à la caricature », *RLDI*, janvier 2009, n°45, p. 39

- com. de CA Paris, 5 novembre 2010, « Quelques propos, sans illusions, suggérant une clarification des critères de l'œuvre collective », *RLDI*, avril 2011, n°70, act. n°2305, p. 34

HASSLER Th., LAPP V.,



- « La banalité du thème d'une émission de télévision (phénomènes paranormaux) empêche de reconnaître à celle-ci une originalité au regard de laquelle l'utilisation du même thème par une autre émission pourrait constituer une contrefaçon ou un comportement parasitaire relevant de la compétence du juge des référés », *Dalloz*, 1997, p. 83
- « Recevabilité d'une action tendant à l'interdiction d'une affiche publicitaire en ce qu'elle porte atteinte aux sentiments religieux », *Dalloz*, 1998, p. 132

HAUSER J.

- « La protection de la vie privée : conditions et sanctions », *RTD civ.* 1997, p. 632
- « Caricature et personnalité : fallait-il épingler les épinglettes ? » *RTD civ.*, 1998, p.341
- com. de CA Paris, 30 octobre 1998, « De Béro aux Bidochon », *RTD civ.*, 1999, p. 61
- cass. 1^{re} civ. 14 décembre 1999, « Droit à l'image, vie privée, cadavre et nécessités de l'information », *RTD civ.* 2000, p. 291
- « Monsieur se meurt, Monsieur est mort... », *RTD civ.*, 2004, p.483
- chronique sur Versailles 24 novembre 2004, « Droit à la dérision : la dignité des catégories », *RTD Civ.*, avril/juin 2005, chronique p. 364
- chronique sur civ. 1^{re} 7 février 2006, « Vie privée et liberté de création : quand la fiction rejoint la réalité ! », *RTD Civ.*, avril/juin 2006, chronique p. 279
- « Peut-on épingler la poupée du président? Note sous Cour d'appel de Paris, quatorzième Chambre, section B, 28 novembre 2008 », *RTD civ.*, janvier 2009, n°1, p. 93

HAZAN A., note sous TGI Paris, ord. Réf., 5 février 2008, « L'utilisation publicitaire de l'image du président de la république et de sa compagne », *Légipresse*, n° 250, avril 2008, III, p. 66

HENAFF P.

- « Le droit moral de l'auteur décédé : menace pour la liberté d'expression et la création artistique », 1^{ère} partie *PA* des 20 et 22 juillet 1999, n°143 p. 17
- « L'unité des notion-cadre », *JCP G*, n°48, 30 novembre 2005, I, 189
- « Carambolage parmi les critères de la contrefaçon », *comm. comm. électr.*, n°3, mars 2007, étude 6

HERMITTE M.-A.

- « Avant-propos », in M.-A. HERMITTE (sous la dir.), *La liberté de la recherche et ses limites, approches juridiques*, éd. Romillet, 2001, p. 11
- « L'encadrement juridique de la recherche scientifique », in M.-A. HERMITTE (dir.), *La liberté de la recherche et ses limites, approches juridiques*, éd. Romillet, 2001, p. 19

HIANCE M., « La propriété industrielle, un outil de développement économique », in *La propriété intellectuelle en question(s)*, Litec, 2006, p. 9-10

HILTY R., « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle : problème et perspectives. Introduction », *RIDE*, 2006, p. 353-359

HOCHMANN T., « Les limites à la liberté de l'« historien » en France et en Allemagne », *Droit et société*, 2008/2-3, n° 69-70, p. 527 et suiv.

HOCQUET-BERG S., TGI Metz, 18 nov. 1998, « Le droit de diffuser, sans autorisation



parentale, la photographie en portrait d'un enfant décédé », *Dalloz* 1999, p. 694

HUET J.

- comm. de cass. 1^{re} civ. 9 novembre 1983 (Microfor - Le Monde), « Droit de l'informatique : la liberté documentaire et ses limites, ou les banques de données à l'épreuve du droit d'auteur », *Dalloz*, 1984, chronique p.129
- « *Le reverse engineering*, ou ingénierie inverse, et l'accès aux interfaces dans la protection des logiciels en Europe : questions de droit d'auteur et de droit de la concurrence », *Dalloz*, 1990, p. 99
- comm. sous TGI Paris, 14 mai 2001, « Affaire Danone : une interprétation restrictive des droits sur la marque, favorable à la liberté d'expression », *comm. com. électr.*, juillet/août 2001, comm. n°70, p.20

HUGON Ch., « Application du droit commun de l'article 1382 et absence d'abus de la liberté d'expression », *JCP G*, 2008, II, n° 10106

HUILLIER J., « Le parasitisme parasite-il la propriété intellectuelle ? », *GP*, 8 novembre 2001, n°312, p.6

HUMBLLOT B.

- « De l'indépendance du créateur en droit d'auteur », *RIDA* janvier 2004, n°199, p. 3 et suiv.
- « Dégénérescence des marques, propriété et liberté d'expression », *légipresse* n° 224, septembre 2005, II, chronique, p. 97
- « Droit des brevets : éloge posthume de la licence obligatoire de dépendance », *RLDI*, n°83, juin 2012, p. 69 et suiv., spéc. p. 76, n°25

HUXLEY J., « Les droits de l'homme dans le passé et dans l'avenir », in *les droits de l'esprit, six études sur les aspects culturels de la déclaration universelle des droits de l'homme réunies par l'Unesco*, Sirey Paris, 1950, p. 7

IZORCHE M.-L.

- « Absence de dénigrement lorsqu'une publicité fait sur un mode humoristique, une comparaison fantaisiste entre une bière et les sports nautiques », *Dalloz*, 1992, som. p.56
- Note CA Paris, 14^e ch., B, 20 septembre 1991, « Une société ne saurait être accusée d'usurpation ou d'imitation d'un nom commercial lorsque celui-ci est banal dans un secteur économique considéré », *Dalloz*, 1993, som. p. 153
- CA Paris, 14 mars 1995, 1^{re} ch., A, « Une émission de télévision humoristique et caricaturale ne saurait constituer un dénigrement fautif d'une marque », *Dalloz* 1996, som. p. 252

JAHAN G., « DMCA et DADVSI : la copie privée menacée par les mesures techniques de protection », *Gazette du palais*, 19 juillet 2006, n°200, p. 26

JALLAMION C., « La fortune de Josserand », *propriété industrielle*, n°10, octobre 2010, dossier 2

JEAN B. et ZAPOLSKY A., « la propriété intellectuelle dans l'industrie de l'open source », *Gazette du Palais*, 25 octobre 2008, n°299, p. 19



JEAN PIERRE D.

- « La courte citation d'œuvre d'art en droit d'auteur », *Dalloz* 1995 chronique p 39
- Note sous CE, 29 juillet 1994, « A propos du contrôle administratif en matière de presse des publications de toute nature », note, *JCP G* 1995, II, 22496

JEANNOT-PAGES G., « Marques et liberté d'expression, Un symbole interdit aux contestataires », *expertises*, octobre 2004, doctrine p. 341

JOLY S., « Droit de la santé publique et droit des marques : rencontre d'un troisième type », *comm. comm. électr.*, n°11, novembre 2009, étude 23, n° 6

JONGEN F., « La liberté d'expression dans l'audiovisuel : liberté limitée, organisée et surveillée », *revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1993, p. 95

JOUBERT B., « Combien d'enfants Tarzan tuait-il par semaine ? », in *La création est-elle libre ?*, éd. Le bord de l'eau, 2003, p. 95

JOURDAIN P.

- note sous arrêts, responsabilité civile en matière de presse, *Dalloz* 2000, sommaires commentés p. 463
- « Autorité de la chose jugée au pénal et responsabilité civile du dirigeant social : la condamnation pénale du dirigeant suffit-elle à caractériser une faute civile personnelle détachable de ses fonctions ? », *RTD civ.* 2000, p. 342
- « Les droits de la personnalité à la recherche d'un modèle : la responsabilité civile », *Gazette du Palais* vendredi 18-samedi 19 mai 2007, doctrine p.52
- « Abus de la liberté d'expression : place et application de l'article 1382 en cas de critique des produits et services, note sous cass. 1^{re} civ., 8 avril 2008, Greenpeace France et autre contre SPCEA, pourvoi numéro 07-11.251 ; cass. com. 8 avril 2008, SA Esso contre Greenpeace France, pourvoi numéro 06-10.961, *RTD civ.*, juillet 2008, n° 3, p. 487

JULIEN-LAFERRIERE F., note sous CE 4 février 2004, Ken Park, « Annulation partielle du visa d'exploitation d'un film », *Légipresse* n° 211, mai 2004, III, p. 69

KAHN A-E., « Droits voisins du droit d'auteur. Droit des artistes-interprètes. Définition de l'artiste-interprète (cpi art. L. 212-1) », *jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1425, 2010

KAHN E., « Un an de droit de la mode », *com. com. électr.*, n°9, septembre 2011, chron. 8

KAMINA P.

- « Droit d'auteur et article 10 de la convention européenne des droits de l'homme », *légitime* n°25, 2001/2, p. 7
- « Le nouveau droit des dessins et modèles », *Dalloz*, 2001, n°40, doctrine p. 3258
- « Cadre administratif. Régime juridique des activités cinématographiques », *jurisclasseur civil annexes*, fasc. 1075, 2008

KANTCHEFF Ch., « Les entraves économiques contre la démocratie », in *La création est-elle libre ?*, éd. Le bord de l'eau, 2003, p. 47

KAYSER P.



- « Le secret de la vie privée et la jurisprudence civile », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 405
- « Un conflit de la liberté des conventions et de la liberté de l'auteur : le contrat dit de mécénat », *mélanges AUDINET*, PUF 1968, p. 129
- « Les pouvoirs du juge des référés civil à l'égard de la liberté de communication et d'expression », *Dalloz* 1989, Chron. p. 11
- « L'image des biens », *Dalloz* 1995, chronique p. 291

KEREVER A.

- note sous CA Paris, 7 juillet 1992, *RIDA* octobre 1992, p. 161
- note sous trib. Com. Nanterre, 7^e ch., 25 juin 1996, 7^e ch., *RIDA* janvier 1997, p. 402
- IX droit communautaire - épuisement du droit de reproduction et durée de la protection, *RIDA* n°174 octobre 1997, p.225
- « Le droit d'auteur à l'épreuve de la convention européenne des droits de l'homme », note sous TGI de Paris, 3^e chambre 23 février 1999, *RIDA* n°184, avril 2000, jurisprudence p. 374
- note Cass. 1^{re} civ. 12 juin 2001, n°98-22591, *RIDA*, n°191, janvier 2002, p. 176
- « œuvres protégées sous condition d'originalité », *RIDA*, n°200, avril 2004, p. 215
- note cass. 1^{re} civ., 25 janvier 2005, *RIDA* avril 2005, p. 157
- cass. 1^{re} civ. 15 mars 2005, *RIDA*, juillet 2005, p. 459

KERVENNIC M., « Quelques problèmes juridiques posés par les nanosciences et les nanotechnologies », *les petites affiches*, 2 juillet 2008, n° 132, p. 5

KERVICHE E., « La constitution, le chercheur et la mémoire », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, avril 2009, n°4, p. 1051

KHALVADJIAN B., comm. CA Paris, 4^e ch., section B, 12 septembre 2008, « « La théorie de l'accessoire » a encore de l'avenir devant elle... », *RLDI* novembre 2008, n°43, p. 57, n° 1429

KOVAR R., « Respecter les règles de la concurrence : les déviations en matière de brevets à la croisée des droits de propriété intellectuelle et de la concurrence », in *Colloque de l'IRPI, Approches stratégiques de la propriété industrielle*, LexisNexis, 2011, p. 99

LABBEE X., « L'androïde, le cyborg et les lois bioéthiques », *les petites affiches*, 27 mai 2011, n° 105, p. 7

LACOUR S., « Nanotechnologies : réguler l'incertitude ? », *Droit et société*, n°78, 2011, p. 429 et suiv., spéc. p. 431

LAMON B., « Contrefaçon de logiciel. Petite balade au pays des actions en contrefaçon », note sous Tribunal de commerce d'Evry, 6 avril 2011, *Expertises*, juin 2011, n° 359, p. 223

LAMPE A.-S., com. CA Paris, pôle 5, ch. 12, 26 septembre 2011, « L'affaire Nintendo : condamnation des distributeurs de *linkers* par la Cour d'appel de Paris, Quels enseignements tirer de l'exception de décompilation aux fins d'interopérabilité et la commercialisation de moyens de contournement de mesures techniques de protection (MTP) ? », *RLDI* n° 79, février 2012, p. 16



LAMPE A.-S., LERICHE S., obs. TGI Paris, 3^e ch., 3 décembre 2009, « Contrefaçon de logiciel, exception de décompilation et contournement de Mesures Techniques de Protection (MTP) : l'affaire Nintendo, ou la difficulté de la preuve au secours des distributeurs de « linkers », *RLDI*, février 2010, n°57, p. 22

LANCRENON T.

- com. sous cass. 1^{re} civ., 15 mars 2005, « Est licite, car accessoire au sujet traité, la reproduction sur cartes postales d'une œuvre qui se fond dans un ensemble architectural », *JCP* 2005, II, 10072
- « La « suite » du roman Les Misérables au cœur d'une vraie bataille d'Hernani », *Gazette du palais*, 20 avril 2007, n°110, p. 10
- note sous cass. com. 15 janvier 2008, « N'est pas forcément auteur celui que l'on croit », les petites affiches, 24 juin 2008, n°126, p. 16
- « Les marques mortes d'avoir trop plu », *propriété industrielle*, juin 2008, chron. 13

LAPOUSTERLE J., « Diffamation et liberté d'expression : sujet d'intérêt général », *Dalloz*, 2008, p. 2256

LARERE B.

- « Le risque désormais effectif de la dégénérescence des marques », *Les petites affiches*, 4 avril 2002, n°68, p. 13
- « Les limites controversées au monopole. La liberté d'expression comme « droit » concurrent. La question envisagée du point de vue de la liberté de création », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2009, n°49 supplément

LARRIEU P., « Du délicat équilibre entre liberté d'expression et protection des personnes publiques (à propos de la poupée vaudou à l'effigie de Nicolas Sarkozy », *RLDC*, janvier 2009, n°56, p.35

LASSERRE-KIESOW V., « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *Dalloz* 2006, p.2279

LATREILLE A.

- « L'appropriation des photographies d'œuvres d'art : éléments d'une réflexion sur un objet de droit d'auteur », *Dalloz*, 2002, p. 299
- « L'avènement d'un droit d'auteur sans auteur », *Droit et patrimoine* ; septembre 2007, n°162, p. 28
- « La création photographique face au juge : entre confusion et raison », *Légipresse*, n°274, juillet août 2010, p. 139

LE BIHAN E., « Perte du droit sur la marque : renonciation, forclusion, déchéance, nullité », *JurisClasseur Marques – Dessins et modèles*, fasc. 7405, 2009

LE BORGNE J., « Pour un renouveau de la Commission de surveillance et de contrôle des publications destinées à l'enfance et à l'adolescence », *Legicom*, n° 37, 2007/1, p. 31

LECARDONNEL M., « Nouvelle donne pour la copie privée », *Legalis.net*, juin 2006, n°2, p. 15

LECLAIR B., « L' « univers communicationnaire » comme « solution » à la censure », in *La*



création est-elle libre ?, éd. Le bord de l'eau, 2003, p. 79

LECLERC H.,

- « Caricatures, blasphème et défi », *Légipresse*, juin 2007, n°242, p. 123
- note sous Cass. 1^{re} civ., 3 février 2011, « Du sérieux de l'enquête et de la prudence de l'expression dans les sujets d'intérêt général », *Légipresse*, n°282, avril 2011, III, p. 226
- « Les docu-fictions : le respect de la vie privée et la liberté de création », *Légicom*, n° 48, 2012/1, p. 105

LECUCQ O., comm. sous CE, 30 juin 2000, « L'expression cinématographique, le juge administratif et la Constitution », *Petites Affiches*, 15 décembre 2000, n° 250, p. 9

LECUYER G., note à propos de cass. 1^{re} civ., 27 septembre 2005, « La place de l'article 1382 parmi les règles de responsabilité limitant la liberté d'expression », *Dalloz*, 2006, n° 11, jurisprudence, p. 768

LEDANNOIS Ch., « Œuvres audiovisuelles : comment écrire sur la vie d'autrui ou la nécessaire balance entre liberté d'expression et protection des droits de la personnalité », *légipresse* n°225, octobre 2005, chronique p. 107

LEFRANC D.

- « Fragments sonores et création musicale », *Dalloz*, 2000, n° 32, chronique, p. 497
- « L'auteur et la personne (libres propos sur les rapports entre le droit d'auteur et les droits de la personnalité) », *Dalloz*, 2002, n° 24, chronique p. 1926
- « « La liberté de l'art et l'exception artistique ». Libres propos sur un colloque genevois », *Légipresse*, n° 286, septembre 2011, p. 477 et suiv.
- com. sous TGI Paris, 17^e ch. civ. 17 décembre 2012, « Posséder l'enfance ? L'image de l'enfant « modèle » au piège de l'art et du temps », *Légipresse* n° 302, février 2013, p. 107

LEGER J-M.

- « La publicité nous fera-t-elle perdre foi en la justice ? L'exploitation publicitaire des croyances », *légipresse*, mai 2005, n° 221, II, p. 55
- « L'exception de parodie est-elle recevable en matière publicitaire ? », *légipresse*, juillet-août 2005, II n° 223, p. 75 (également à la *RLDI* 2005, étude)

LELIEVRE L., note sous CA Lyon 7^e ch. A, 8 octobre 2008, « Injure à raison d'un handicap et droit à l'humour », *Légipresse*, n°259, mars 2009, III, p. 43

LEMARCHAND S., FREGET O., SARDAIN F., « Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence », *Propriétés intellectuelles*, janvier 2003, n°6, doctrine p. 11

LEMESLE C., PETITGIRARD L., « A chaque créateur le fruit de son œuvre », <http://www.sacem.fr/cms/home/la-sacem/prises-de-parole-espace-presse/tribunes-presse/a-chaque-createur-le-fruit-de-son-oeuvre-tribune>, consulté le 27 septembre 2012

LEPAGE A.

- com. de TGI Paris, 22 septembre 1999, *comm. comm. électr.*, mai 2000, comm. 59, p. 28
- CE 30 juin 2000, « Classé X parce qu'excessif », *comm. Comm. Electr.*, septembre



2000, n°95, p. 23

- sous Cass. ass. plén., 12 juillet 2000, « L'humour des « Guignols de l'Info » devant l'Assemblée plénière », *JCP éd. G*, n°50, 13 décembre 2000, II, 10439, p. 2312
- Cass. 1^{re} civ., 12 décembre 2000, « Les beaux-jours du référé », *comm. comm. électr.*, septembre 2001, p. 27, 2^e esp.
- « Du sens de la mesure en matière de responsabilité civile sur internet : la loi, la jurisprudence et le fournisseur d'hébergement », *Dalloz* 2001 n°4, chronique p. 322
- com. de CA Paris, 13 septembre 2000, « Droit à l'oubli : une jurisprudence tâtonnante », *Dalloz* 2001, p. 2079
- com. CE 14 juin 2002, *comm. comm. électr.*, 2002, n°148
- obs. sous CA Toulouse, 5 septembre 2002, « Nouvelle illustration d'un exercice mal inspiré de la liberté d'expression sur l'internet », *comm. comm. électr.*, janvier 2003, comm. 10
- note sous cass. 1^{re} civ., 9 juillet 2003, « Agrément des lecteurs n'est point information du public », *comm. comm. électr.*, novembre 2003, commentaire 115 p. 41
- obs. de Cass. 2^e civ. 23 septembre 2004, « Ce qu'une star ne veut pas... », *comm. comm. électr.*, mars 2005, comm. 49
- Cass. Crim. 11 janvier 2005, n°04-80.907, JurisData n°2005-026729, « Publicité en faveur du tabac », *comm. comm. électr.* n°7, juillet 2005, comm. 122
- com. de cass. 1^{re} civ. 10 mai 2005, in A. LEPAGE et Ch.BIGOT "Droits de la personnalité: panorama 2004-2005", *Dalloz* 2005, pan., p. 2643 et suiv., spec. p. 2644
- com. CA Rouen, ch. corr. 14 décembre 2005, « Le rap à l'épreuve de la loi de 1881 ou... la loi de 1881 éprouvée par le rap », *com. com. électr.*, n°6, juin 2006, com. 102
- « Diffamation d'une personne morale par l'image d'un bien lui appartenant », *comm. comm. électr.*, octobre 2006, comm. 147
- « L'article 9 du Code civil peut-il constituer durablement la « matrice » des droits de la personnalité », *GP* vendredi 18-samedi 19 mai 2007, doctrine p.43
- Com. Sous cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2006 « Franc-maçonnerie, vie privée et information du public », *Légipresse* mai 2007, III, n° 241, p. 89
- TGI Paris, 17^e ch., 22 mars 2007, « Protection du sentiment religieux et injure publique envers un groupe de personnes à raison de leur appartenance à une religion déterminée », *com. com. électr.*, mai 2007, n°5, p. 46 et suiv
- « Les dispositions concernant la communication dans la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance », *comm. comm. électr.*, n°6, juin 2007, étude 13
- obs. sous cass. 1^{re} civ. 7 mai 2008, n° 07-12.216, « Les liens entre nom et vie privée », *com. com. électr.* n° 7, juillet 2008, com. 94
- « La dignité du président de la République à l'épreuve de sa poupée vaudou », *com. com. électr.*, février 2009, n°2, p.40
- note sous CEDH, 15 janvier 2009, Orban et a. c/ France, aff. 20985/05, « Violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme », *com. com. électr.*, n°5, mai 2009, comm. 49
- « Le fait justificatif tiré du sujet d'intérêt général continue de creuser son sillon », *comm. comm. électr.*, n°9, septembre 2009, comm. 82
- V° « Droits de la personnalité », *Rép. Civ. Dalloz*, 2010
- Cass. 1^{re} civ., 11 févr. 2010, n° 08-22.111, « Loi du 29 juillet 1881 », *comm. comm. électr.* n°4, avril 2010, comm. 38
- obs. Cass. 1^{re} civ., 3 février 2011, « Précisions sur la bonne foi et l'exception de vérité », *comm. comm. électr.* n°5, mai 2011, comm. 46

LEPAGE A., MARINO L., BIGOT Ch., « Droits de la personnalité », *Dalloz* 2007, p. 2771



LEPAGE C., « L'urgence d'un droit des nanotechnologies », *Gazette du palais*, juillet août 2009, p. 2240

LEROUX I., TGI Paris, 9 juillet 2004, aff. Areva c. Greenpeace, « Détournement sur des sites Internet par des associations liées à la défense de l'environnement de marques non constitutif de contrefaçon mais d'actes de dénigrement », *JCP E* 2004, 1688, p. 1835

LE STANC Ch.

- « La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste : observations sur la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des « créations réservées », *D.* 1993, chron. II, p. 4
- « Actes de contrefaçon. Élément légal », *jurisclasseur Brevets*, fasc. 4620, 2003
- « Sacrilèges ? », *propriété industrielle*, n°3, mars 2007, repère 3
- « Les malfaisants lutins de la forêt des brevets : à propos des patent trolls », *Propriété industrielle*, n°2, février 2008, étude 3
- « Et la propriété scientifique ? », *propriété industrielle*, n° 6, juin 2008, repère 6
- « Exclusion de brevetabilité. Règles générales », *jurisclasseur Brevets*, fasc. 4210, 2009

LE STANC Ch., CARRE S., « Droit des auteurs. Droits patrimoniaux. Logiciel (CPI, art. L. 122-6 à L. 122-6-2), *JurisClasseur propriété littéraire et artistique*, fasc. 1250, 2007

LESUEUR J., Les droits opposés dans le champ des propriétés incorporelles », *comm. comm. électr.*, n°7 juillet 2008, étude 15

LE TOURNEAU Ph.

- « Le parasitisme dans tous ses états », *Dalloz*, 1993, 42^e cahier, chronique 79, p. 310
- « Exploitation et défense de la marque. La contribution du parasitisme à la défense de la marque », *Droit et patrimoine*, 1999, n°75 Dossier, *Le droit des marques en effervescence*, 75-17
- « Retour sur le parasitisme », *Dalloz*, 2000, n°25, chronique, p. 403
- « Folles idées sur les idées », *comm. comm. électr.*, février 2001, chronique 4 p. 8
- A propos de CA Paris, 18 octobre 2000, « Peut-on entonner le requiem du parasitisme ? », *Dalloz* 2001, p. 1226

LEVENEUR L.,

- Cass. 1^{re} civ. 24 novembre 1993, bull. civ., I, n°339, *com. com. électr.*, février 1994, n°20
- « Qui doit garantir ne peut évincer ! », *ccc*, mai 2006, n°5, p.24

LEVINET M., « Convention européenne des droits de l'homme. Droits garantis. Liberté de la pensée », *JurisClasseur Europe. Traité*, fasc. 6522, 2009

LEVY J.-P., « La responsabilité des agences », in *L'image menacée, Actes du Forum Légipresse du 4 octobre 2001*, Maison du barreau de Paris, Victoires éd., 2002, p. 41

LIBCHABER R., « La propriété, droit fondamental », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 15^e éd., 2009, p. 663 et suiv.

LINANT DE BELLEFONDS X., « Le droit de décompilation des logiciels : une aubaine



pour les cloneurs ? », *JCP G*, n°12, 18 mars 1998, I, 118, n°25

LINDON R.

- note sous CA Paris, 10 juillet 1957, *Dalloz* 1957, jurisprudence p. 622
- « Le secret de la vie privée et la jurisprudence civile », in *Mélanges offerts à René Savatier*, *Dalloz*, 1965, p. 405
- Conclusions sous cass. 1^{re} civ., 3 déc. 1968, *Dalloz* 1969, jur., p. 73
- note sous TGI Paris, 15 juin 1970, *JCP* 1970, II, 16550
- Conclusions sous cass. 1^{re} civ., 18 mai 1972, *JCP* 1972, II, n°17209
- note sous TGI Versailles, 2 avril 1974, *Dalloz* 1974, jurisprudence p.714
- note sous CA Paris, 1^{re} ch. 24 mai 1975, *Dalloz* 1975, p. 488
- note sous TGI Nancy, réf., 15 octobre 1976, *JCP* 1977, II, 18526
- note sous CA Paris, 6 octobre 1982, *Dalloz* 1983, jurisprudence p. 185
- obs. sous TGI Paris, 20 avril 1983, *JCP G*1985, II, 20434
- note sous TGI Paris, 17 septembre 1984, *Dalloz* 1985, IR p. 16
- note sous CA Paris, 22 novembre 1984, *Dalloz* 1985, som. p. 164
- note sous TGI Paris, ord. réf., 28 janvier 1985, *Dalloz* 1985, p. 129
- note sous TGI Paris, réf., 23 octobre 1984, *dalloz* 1985, jurispr. p. 31
- obs. sous CA Paris, 4 nov. 1985, *Dalloz* 1986, IR p. 190
- note sous CA Paris, 1^{re} ch. A, , affaire Villemin, *Dalloz* 1987, jur. p. 107

LOISEAU G.

- note sous cass. civ., 13 janvier 1998, « Le droit à l'image et la caricature à l'épreuve du marché », *JCP G*, 20 mai 1998, II jurisprudence 10082, p. 921
- note sous cass. 1^{re} civ., 2 mai 2001, « Droit à l'image des biens : la cour de cassation précise sa position », *Légipresse*, n°183, juillet août 2001, III, p. 115
- comm. sous cass. 1^{re} civ., 7 février 2006, « Une œuvre de fiction utilisant des éléments de l'existence d'autrui ne peut en adjoindre d'autres qui, fussent-ils imaginaires, portent atteinte au respect dû à sa vie privée », *JCP éd. G*, 22 mars 2006, n° 12, juris. II 10041, p. 560
- « Protection par le droit d'auteur d'une œuvre conceptuelle », *JCP G*, n°50, 10 décembre 2008, II, 10204

LUCAS A.

- « invention et caractère industriel », *JurisClasseur Brevets*, fasc. 4230, 1997
- note sous TGI Paris 1^{re} chambre, 12 septembre 2001, *Hugo c. SA Plon, propriétés intellectuelles*, avril 2002, n°3, p. 56
- comm. de cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2003, « exceptions. Citation. Représentation accessoire », *propriétés intellectuelles*, janvier 2004, n°10, chronique n°4
- comm. sous TGI Paris, 11 juin 2004, *Société Moulinsart et Fanny R. c. Eric J., propriétés intellectuelles* n° 14, janvier 2005, chronique p. 55
- « 3. Exceptions – Parodie de parodie – Incidence de la protection au titre des dessins et modèles », *propriétés intellectuelles*, juillet 2005, p. 339
- « Droit d'auteur, liberté d'expression et « droit du public à l'information », libres propos sur deux arrêts des Cours de cassation belge et française », in A. STOWEL et F. TULKENS (dir.), *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, éd. Larcier, Bruxelles, 2006, p.122
- « L'apposition d'une mesure technique de protection sur un DVD est légitime au regard de l'exception de copie privée », *JCP G*, 24 mai 2006, n°21, II, p. 1065
- com. de CA Paris, 4^e ch. A, 14 mars 2007, *propriétés intellectuelles*, juillet 2007, n° 24, chron. p. 318



- com. de CA Bordeaux, 1^{re} ch., 13 juin 2006, « Droit d'auteur et droits voisins », p. 309 et suiv., *Propriétés intellectuelles* juillet 2007, n° 24, p. 319
- à propos de CA Paris, 14^e ch., B, 12 octobre 2007, SCPEc/ SA 1633, *propriétés intellectuelles*, 2008, n° 27, p. 219
- « Droit d'auteur et droits voisins », *propriétés intellectuelles*, janvier 2009, p. 53
- com. cass. 1^{re} civ., 22 janvier 2009, *propriétés intellectuelles*, 2009, n°31, p. 165
- « Droit des auteurs. Droits patrimoniaux. Exceptions au droit exclusif (CPI, article L. 122-5 et L. 331-4) », *jurisclasseur propriété littéraire et artistique*, fasc. 1248, 2010
- CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 13 janvier 2010, Moerman et Galerie Gokelaere et Janssen c/ Sarl L'Office et Issermann, comm. A. LUCAS, *propriétés intellectuelles*, avril 2010, n°35, p. 716
- « Droit d'auteur et droits voisins », *propr. intell.* juillet 2010, n°36, p. 851
- « Droit d'auteur et droits voisins », *propriétés intellectuelles*, juillet 2011, n°40, p. 286

LUCAS A. et BRUGUIERE J.-M., « Chronique. Droit d'auteur et droits voisins », *propriétés intellectuelles* n° 23, avril 2007, p. 202, note à propos de cass. 1^{re} civ., 30 janvier 2007 p. 207

LUCAS A. et SIRINELLI P., « L'originalité en droit d'auteur », *JGP éd. G*, 1993, n°23, I doctrine n°3681, p. 253

LUCAS A. et VIVANT M., « Droit de l'informatique », *JCP éd. E*, n° 2, 1988, II études et commentaires n°15093, p. 17

LUCAS-SCHLOETTER A.

- « Pour un exercice équilibré du droit moral ou le droit moral et la balance des intérêts », *Mélanges A. Dietz*, P. Ganea, C. Heath, G. Schricker (éd), Urheberrecht : gestern, heute, morgen, Munich, 2001, p. 127
- « nature du droit d'auteur », *jurisclasseur propriété littéraire et artistique*, fasc. 1118, 2009

LYON-CAEN G.,

- TGI de la Seine, 15 juin et 30 novembre 1961, *Dalloz* 1962, j. p. 173
- obs. CA Paris, 1^{re} ch., 13 mai 1964, *JCP* 1964, II, 13932

LYON-CAEN G. et LAVIGNE P.,

- note sous CA Paris, 2 juillet 1957, *Dalloz* 1957, j. p. 698
- note CA Paris, 29 avril 1959, *Dalloz*, 1959 juris. p. 402

MACCIONI H., « L'image de marque : émergence d'un concept juridique ? », *JCP G*, n°21, 22 mai 1996, I, 3934, n°3

MACKAAY E., « La propriété intellectuelle et l'innovation. Analyse économique du droit », *Droit et patrimoine*, 2003, n°119, dossier

MACORIG-VERNIER F., « Propriété », *droit et patrimoine*, 1999, 76, juris.

MAFFRE-BAUGE A., « Protection : sur la condition d'originalité », in M. VIVANT, dir. *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, grands arrêts, 2004, p. 113



MAINGUY D.,

- « L'action en parasitisme et en concurrence déloyale de celui qui ne dispose pas d'un droit privatif », *JCP E*, n°13, 27 mars 2003, p. 493
- « L'action en parasitisme et en concurrence déloyale peut être intentée même par celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif », *JCP G*, 5 mars 2003, n°10, p. 563, n°493

MALAUURIE Ph.

- « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français », *JCP G*, 2002, I, 143 p. 1123
- Note sous TGI Paris, 21 février 2002, « L'affiche du film " Amen " représentant une " croix catholique prolongée d'une croix gammée " n'est pas constitutive d'un trouble manifestement illicite », *JCP G*, 2003, II, 10064
- note sous TGI Paris, ord. réf., 10 mars 2005, Assoc. Croyances et Libertés c/ Sté M.-F. Girbaud et a. et CA Paris, 14e ch., 8 avr. 2005 : Juris-Data n° 2005-274875, « Caractère outrageant d'une affiche publicitaire qui constitue une injure au sens de la loi du 29 juillet 1881 », *JCP G* n°31, 3 août 2005, II, 10109
- note sous 1^{re} civ. 14 novembre 2006, « Une affiche publicitaire parodiant un des fondements du christianisme ne constitue pas une injure au sens de la loi du 29 juillet 1881 », *JCP G* n°11, 14 mars 2007, II, 10041

MALAUURIE-VIGNAL M.

- note sous cass. com. 22 octobre 2002, *ccc*, janvier 2003, n°1, p. 11
- note sous cass. 2^e civ. 19 octobre 2006, « Les rapports entre l'information du public et le dénigrement », *Contrats concurrence consommation*, n°1, janvier 2007, comm. 22

MALLET-POUJOL N.

- « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *Dalloz* 1997, chronique p. 330
- « De la biographie à la fiction : la création littéraire au risque des droits de la personne », *légicom* n°24, 2001/1, p. 107
- « Le droit de la communication », *RLDA*, 2004, n°77, *Le consommateur au pays des propriétés immatérielles*, supplément, étude n° 4874, p. 71
- « De la liberté de la caricature », *Légipresse* n°229, mars 2006, I, actualité, tribune p. 38

MANARA C.

- comm. de TGI Paris, ord. Réf., 8 juillet 2002, « Formes de l'utilisation d'une marque sur le web », *Dalloz*, 2002, actualité jurisprudentielle, p. 2801
- comm. sousCA Paris, 4^e ch.A, 30avril 2003, « Une marque sert aussi à critiquer son titulaire », *Dalloz* 2003, p. 170

MANIGNE M.-C., obs. sous cass.1^{re} civ. 13 novembre 1973 (Guino c/ Renoir), *JCP* 1975, II, 18029

MARCANGELO-LEOS Ph., « Les nouvelles formes de censure », *Légicom*, n°37, 2007/1, p. 91

MARCHAIS G., « présentation de la directive du 13 octobre 1998 sur les dessins et modèles », *GP*, 24 février 2000, n°55, p.12



MARCOU G.

- « Réflexions sur l'origine et l'évolution des droits de l'homme », in *Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier, service public et libertés*, éd. de l'université et de l'enseignement moderne, Paris, 1981, p. 637

MARECHAL J.-Y., « La publication de caricatures de Mahomet ne constitue pas une injure envers les musulmans », *JCP G*, 2007, act. 146

MARIE P., « Vers la privatisation de l'espace public ? », *Petites affiches*, 29 août 2003, n° 173

MARINO L.

- « Protection constitutionnelle du droit au respect de la vie privée », *Dalloz*, 2000, somm. p. 265
- obs. sur la proposition de loi sur le droit à l'image du 16 juillet 2003, *Dalloz*, 2004 somm. Comm., p. 1632
- note sous cass. 1^{re} civ., 7 février 2006, « La fiction et la liberté de création : l'atteinte à la vie privée imaginaire dans une « fiction du réel » », *GP* vendredi 27, samedi 28 avril 2007, jurisprudence p.26
- com. de cass. 1^{re} civ., 24 octobre 2006, in A. LEPAGE, L. MARINO, Ch. BIGOT, « Droits de la personnalité », *Dalloz* 2007, somm. p. 2771 et suiv., spéc. p. 2776
- « Titre des œuvres. (CPI, art. L. 112-4) », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1158, 2010
- « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *JCP G* 2012, doct. n°829

MARTIN J.-P., « Contrefaçon de brevet : partielle ou à part entière ? », *JCP E*, 1989, étude III, 5592

MARTIN-HOCQUENGHEM E. et ZYLBERSTEIN J.-C., « Propos critiques sur l'exception de rencontre fortuite », *comm. comm. électr.*, n°4, avril 2006, étude 9

MASSIS T., TGI Paris, 17^e ch., 16 novembre 2000, « Légitimité de l'article 1382 dans le domaine de la liberté d'expression », *Dalloz* 2002, n°36, sommaire p. 2766

MASTOR W., SORBARA J. G., « Réflexions sur le rôle du Parlement à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel sur la contestation des génocides reconnus par la loi », *RFDA*, 2012, p. 507

MATHIEU B.

- « Bioéthique : un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science », *RFDA* 1994, p. 1019
- « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *Dalloz* 1995, chron., p. 211
- note sous Cons. Const., 27 juillet 1994, « Conformité à la Constitution des lois relatives au respect du corps humain et au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal », *Dalloz* 1995, p. 237
- « LA liberté de la recherche, droit fondamental constitutionnel et international », M.-A. HERMITTE (sous la dir.), *La liberté de la recherche et ses limites, approches juridiques*,



éd. Romillet, 2001, p. 57

- « Les « lois mémorielles » ou la violation de la Constitution par consensus », *Dalloz*, 2006, p. 3001

- « La liberté d'expression en France : de la protection constitutionnelle aux menaces législatives », *revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, janvier 2007, n°1, p. 231

MAXWELL W., BOLGER K., ZEGGANE T., « Un regard transatlantique sur les « scènes à faire » et autres banalités en droit d'auteur », *Propriétés intellectuelles*, janvier 2009, n°30, p. 31

MAZEAUD, H et L., note sous CA Poitiers, 2 février 1943, *RTD civ*, 1943, p. 111, n° 5

MBONGO P.

- « Réflexion sur l'impunité de l'écrivain et de l'artiste », *légipresse*, juillet-août 2004, n° 213, II, p. 85

- « Police des publications dangereuses pour la jeunesse et « mauvais genre » littéraires », *Dalloz* 2005, n° 34, juris. p. 2360

MEMIN V., comm. sous TGI Paris, 3^e ch., 2^e section, 30 janvier 2004, « La parodie de marque reste étrangère à la vie des affaires », *expertises* mai 2004, jurisprudence p. 197

MENDAK P., « Le droit à l'image d'un immeuble est-il consacré ? », *Lamy droit de l'immobilier*, bull., n°58, mai 1999, p. 1

MERLET L., *RIPIA*, n°236, 2^e trim. 2009, p. 100

MERLET L., VERLY N., « Atteinte à la dignité du président par une poupée vaudou », *Légipresse*, janvier 2009, n°258, p.16

MESTRE J.-L.

- « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », *Dalloz*, 1984, chron. p.1

- CA Paris, 25 avril 1989, *RTD civ*, 1990, p. 284

MICHALSKI C., obs. sous cass. crim., 27 avril 2011, n°10-83771, « Le débat d'intérêt général comme fait justificatif de la diffamation : un pas en avant ou deux pas de côté ? », in « Droit de la presse », *Gazette du palais*, 16 juin 2011, n°167, p. 12

MIHURA J., obs. sous Cass. 1^{re} civ., 27 février 1951, *JCP* 1951, II, 6193

MOISDON-TREMBLAY S., « « Présumés innocents » Le devenir vilain de l'art contemporain », in *La création est-elle libre ?*, éd. Le bord de l'eau, 2003, p. 117

MOLFESSIS N., obs. à propos de cons. Const. 23 juillet 1999, « Désordre (anti)constitutionnel », *RTD civ*. 1999, p. 724

MONELLI Y., « 30. Défense des droits : de l'action en contrefaçon », in M. VIVANT (dir.) *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, p. 389

MONTELS B., « un an de droit de l'audiovisuel », cce n°6, juin 2007, 6



MONTERO E., « Réflexions de synthèse. Licences de logiciel libre : du neuf avec du vieux ? », in Y. COOL, Ph. LAURENT, E. MONTERO, H. HAOUDED, *Les logiciels libres face au droit*, Bruylant, 2005, p. 267

MORAND-DEVILLER J., à propos de Trib. Adm. Paris 5 mai 1994, « Le juge et l'esthétique urbaine : l'immeuble de la rue Ferou », *Les Petites Affiches*, 7 décembre 1994, n°146

MORANGE J., note sous CE, 30 juin 2000, *RFDA* 2000, p. 1317, p. 1311

MOURGEON J., « Autour d'un arrêt récent du Conseil d'Etat : Vers une liberté publique de l'expression cinématographique ? », *Gazette du Palais*, 5 juin 1975, 1^{er} semestre, doctrine, p. 350

MOURON Ph.,

- Obs. CA Paris, 15 janvier 1997, *Dalloz* 1997, som. 332
- TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 1er juillet 2011, com. « Les nouvelles tribulations juridiques des *Pieds nickelés* », *RLDI*, octobre 2011, n°75, act. n°2475, p. 14
- « Les nouvelles tribulations juridiques des *Pieds nickelés* », *RLDI*, octobre 2011, n°75, act. n°2475, p. 14

MOUSSERON J.-M., obs. sous CA Paris, 15 janvier 1997, « Contrefaçon partielle d'un élément isolé d'une combinaison », *Dalloz* 1997, som. p. 332

MOUSSERON J.-M., RAYNARD J. et REVET Th., « De la propriété comme modèle », in *Mélanges Colomer*, Litec, 1993, p. 281

MOUZON P., note sous TGI Paris, 3^e ch., 31 octobre 1972, *gazette du palais*, journal du 20 mars 1973, 1, p. 201

MOZAS Ph., « L'enseignement de l'autre affaire Greenpeace : les domaines respectifs du droit des marques et de l'abus de la liberté d'expression », *Les petites affiches*, 23 mars 2009, n° 58, p. 5

NAST M.

- note sous cass. crim. 19 mars 1926, *DP* 1927, 1, p. 25
- note sous T. civ. Seine, 1^{er} avril 1936, *DP*, 1936, 2, p. 65

NEYRET L., « La responsabilité civile arbitre du conflit entre droit des marques et liberté d'expression », *Dalloz*, 2008, p. 2402

NOGUEZ D., « Ecrivain : métier à haut risque », in *La création est-elle libre ?*, éd. Le bord de l'eau, 2003, p. 57

NOZARDAN Ch., « Brevet et intérêt général », in B. REMICHE (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général, actes du colloque de Louvain-la Neuve*, Larcier, Bruxelles, 2007, p. 445

OST V., « Les brevets portant sur les inventions biotechnologiques », in B. REMICHE (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général, actes du colloque de Louvain-la Neuve*, Larcier,



Bruxelles, 2007, p. 142

PACTEAU B., note sous CE 20 décembre 1985, *les petites affiches*, 1986, n°67, p. 10

PARISOT B., « L'inaliénabilité du droit moral de l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique », *Dalloz* 1972, chronique XIV, p. 71

PAPIERNIK-SEXER J., « La reproduction intégrale d'une œuvre, quel qu'en soit le format, ne peut s'analyser en une courte citation », *Dalloz Affaire* n°108, 12 mars 1998, p. 430

PASSA J.

- « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », chronique, *Dalloz*, 2000, n°19, p.297
- « La propriété de l'information : un malentendu ? », *droit et patrimoine* n°91, mars 2001, dossier p.64
- « Première réfutation de la notion de parasitisme économique », *Dalloz*, 2001, p. 850
- « 3. Parodie ou détournement de marque : droit des marques ou de la responsabilité civile ? », *propriétés intellectuelles*, octobre 2001, n°1, p.89
- « Les conditions générales d'une atteinte au droit sur une marque », *propriété industrielle*, février 2005, études p. 8
- « Titres et slogans : entre marque et droit d'auteur », *propriétés intellectuelles*, janvier 2005, n°14, chron. p. 31
- « Les protections alternatives au droit d'auteur en droit français », in Ch. GEIGER, M. BOUYSSI-RUCH, R. HILTY, *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, éd. Litec, 2007, p. 247

PASTOREL J-P., « De la police administrative des activités culturelles », *Revue de Droit Public*, 1^{er} mars 2005 n°2, p. 403

PECHILLON E., « Les interdictions de publications sous le contrôle du juge. Retour sur la loi du 16 juillet 1949 instaurant une police administrative spéciale », *AJDA*, 13 février 2006, étude p. 298

PERINET-MARQUET H.,

- « Droit des biens », *JCP G*, 20 décembre 1995, I, doctrine 3878, p. 417
- « Droit des biens », *JCP G*, n° 42, 20 Octobre 1999, I 175, n°2
- « Droit des biens », *JCP G* 2004, I, 171

PETIT C., **avocat général**, Conclusions sous cass. 1^{re} civ., 14 décembre 1999, « Le droit au respect de la vie privée n'appartient qu'aux vivants », *JCP* 2000.II.10241

PEZARD A., **REY P.**, « La rémunération de l'innovation : comment concilier équité, efficience et proportionnalité ? », *Revue Lamy de la concurrence* 04/2007, n°11, p. 199

PFISTER L., « Histoire du droit d'auteur », *JurisClasseur propriété littéraire et artistique*, fasc. 1110

PICOD Y., V° « Concurrence déloyale », *Répertoire de droit commercial Dalloz*, octobre 2010



PIEDELIEVRE S., TENENBAUM A., note sous cass. ass. plén., 7 mai 2004, *Defrénois* novembre 2004, n° 22, p. 1554

PIERRAT E., comm. CA Paris, pôle 5, ch. 1, 25 janvier 2012, *Légipresse* n°294, mai 2012, p. 304

PINTO N., TAYLOR D., « La décompilation des logiciels : un droit au parasitisme », *Dalloz* 1999, p. 66

PIOT Ph., note sous Cass. 1^{re} civ., 3 février 2011, « Du « chien de garde » de la démocratie et de ses aboiements », in « Droit de la presse », *Gazette du palais*, 16 juin 2011, n°167, p. 12

PIOTRAUT J-L., « le juge administratif et les droits de propriété intellectuelle, les droits de propriété littéraire et artistique à l'épreuve des juridictions administratives », *RFDA* 1997, p. 105

PISIER-KOUCHNER E., « Protection de la jeunesse et contrôle des publications », *RIDA*, avril 1973, LXXVI, p. 55

PLACE E., « Misérables mais pas intouchables », *Légipresse*, mai 2007, n° 241, p. 100

PLAISANT M.,

- « Les conventions relatives au droit moral de l'auteur », in *Hommage à Henri Desbois, études de propriété intellectuelle*, Dalloz 1974, p. 63
- Obs. sous cass. cass. 1^{re} civ., 4 février 1986, *JCP* 1987, 20872

PLANIOL M., obs. sous Affaire Whistler, Trib. Civ. de la Seine, 20 mars 1895, *DP* 1898, 2, juris. p. 465

POLLAUD-DULIAN F.

- « Architecture et droit d'auteur », *revue de droit immobilier*, 1990, p.431
- « Abus de droit et droit moral », *Dalloz*, 1993, p.97
- note sous 1^{re} civ., 10 mars 1993, *RIDA*, n°157 juillet 1993, p. 320
- « Droit moral et droits de la personnalité », *JCP G*, 1994, I, doctrine n° 3780, p. 345
- « Propriétés intellectuelles et travail salarié », *RTD Com*, 53, avril-juin 2000, p. 273
- comm. sous CA Paris, 1^{re} ch., 21 septembre 1999, « Le droit moral de l'interprète », *JCP Entreprise*, n° 27, 6 juillet 2000, p. 1093
- TGI Lyon, 1^{re} ch., 4 avril 2001, « Propriété littéraire et artistique ; réaménagement de la place des Terreaux à Lyon: les limites au droit de l'auteur d'une œuvre située sur la voie publique », *JCP G* 11 juillet 2001, n°28, II, n° 10563, p. 1377
- « L'ordonnance du 25 juillet 2001 et la réforme du droit des dessins et modèles », *JCP G* n°42, 17 octobre 2001, actualité p.1921
- « Les contrats entre peintres et marchands ou galeries d'art », *Droit et patrimoine*, janvier 2004, n°122, p. 20
- « Les contrats entre peintres et marchands ou galeries d'art », 2^{ème} partie, *droit et patrimoine*, n°123, 2004, p. 22
- com. de cass. 1^{re} civ., 15 mars 2005, *RTD com.* 2005, p. 306
- à propos de CA Paris 4^e ch. 11 janvier 2006, « Distinction de la propriété corporelle et incorporelle d'un immeuble. Image des biens. Droit de reproduction », *RTD Com*, 2006, p. 363



- comm. de TGI Nanterre 19 janvier 2005, « Restauration d'œuvres. Reconstitution. Œuvre dérivée et domaine public. Arrangement musical. Originalité », *RTD com*, 2006 chronique p. 81
- comm. de cass. 1^{re} civ., 13 juin 2006, « Notion d'œuvre. Parfum. Savoir-faire. Forme d'expression », *RTD Com* 2006, p. 587
- « Protection de la marque et droit de liberté d'expression d'une association dans le cadre d'une campagne anti-tabac », *JCP G* 2006, II, 10195
- com. de cass. 1^{re} civ. 7 novembre 2006, *RTD com*. 2007, p. 91
- note cass. 1^{re} civ. 30 janvier 2007, Chronique, note n°4, *RTD com*, avril 2007, n°2, p. 354
- « l'esprit de l'œuvre et le droit moral de l'auteur », *RIDA* n° 215, janvier 2008, p. 103
- CA Paris, 4^e ch., section B, 12 octobre 2007, « courte citation. Reproduction intégrale. But d'information d'actualité. Œuvres photographiques », *RTD com.*, 2008, p. 79
- à propos de CA Paris, 4^e ch. B, 21 mars 2008, *RTD com*. 2008, p. 549
- à propos de CA Paris, 4^e ch., section B, 19 décembre 2008, *GP*, 26 février 2009, n°57 p. 14
- « Les variantes du signe enregistré en droit des marques », *propriétés intellectuelles*, avril 2009, n°31, p. 124 §
- CA Douai, 27 octobre 2009, *RTD com*, 2010, p. 105
- com. de cass. 1^{re} civ 12 janvier 2012 et CA Paris, 14 septembre 2012, « Œuvres collectives auteur salarié », *RTD com*.2013, p. 764

PONTIER J.-M.

- « Sur la censure », *Dalloz* 1994, p. 45
- « L'Etat doit-il protéger la culture française ? », *Dalloz*, 1994, chronique p. 186

PORACCHIA D. et MAETZ C.-A., « Insertion du nom notoire dans une dénomination sociale et dépôt de marque », *Dalloz* 2005, p. 845

POTIER A., « Le contrôle des publications destinées à la jeunesse », *revue pénit.* 1951, p. 172

PUTMAN E., « Les abus de la liberté d'expression ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du code civil », *RJPF*, juin 2001, n°6, p.14

QUOC VINH N. et FRANCK C., *JCP*, 1982.II.19788

RACINE J.-B., « L'ordre concurrentiel et les droits de l'homme », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, éd. Frison-Roche, Paris, 2003, p. 419

RASSAT M.-L., CARON Ch., com. de CA Paris, 13 septembre 2000, « Une personne en instance de jugement pénal ne peut obtenir en référé la communication du manuscrit d'un roman présenté comme inspiré de son histoire », *Dalloz* 2001, p. 24

RAVANAS J.

- Cass 1^{re} civ., 20 novembre 1990, comm. *JCP G* 1992, n°40, II, 21908
- note sous cass. 2^e civ., 24 janvier 1996, *Dalloz* 1997, n°31, « Liberté de la presse et responsabilité civile : l'utilisation d'une hiérarchie des normes en conflit », jurisprudence, p. 268
- note sous cass. 1^{re} civ., 25 février 1997 « Peut-on encore douter de l'autonomie et de la



force des droits de la personnalité ? », *JCP G* n°27, 2 juillet 1997, II, 22873

- « La liberté de la caricature ne permet pas son exploitation commerciale », *Dalloz*, 1999. Jur. p. 120
- « L'image d'un bien saisie par le droit », *Dalloz* 2000, n°2, p. 19
- « Liberté d'expression et protection des droits de la personnalité », *Dalloz*, 2000, p. 459
- comm. Cass. 1^{re} civ., 9 juillet 2003, « Liberté de l'information et droit de chacun au respect de sa vie privée : la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime est à privilégier », *JCP G* n°37, 10 septembre 2003, II 101139

RAYMOND G., « Caractérisation d'une publicité illicite pour le tabac », *contr. Concurr. Conso.*, n°3, mars 2011, comm. 83

RAYNARD J.

- com. Cass. 1^{re} civ., 28 mai 1991, *Asphalt Jungle*, J. RAYNARD, « Un film américain créé en noir et blanc ne peut être diffusé en France dans une version colorée », *Dalloz* 1993, p. 197
- note sous arrêt de la Cass civ. 1^{ière}, 10 mars 1993, *JCP* 1993, II, 22161
- « Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier », in *Mélanges offerts à Jean-Jacques BURST*, Litec, 1997, p.527 et s.

RAYNAUD J., « La lutte contre le tabagisme des jeunes justifie des atteintes aux droits des fabricants de cigarettes », *JCP E*, n°25, 21 juin 2007, 1789

REBOUL Y.

- « La déchéance de la marque depuis la réforme législative du 4 janvier 1991 (article L. 714-5 du CPI) », in *Jean Foyer, auteur et législateur leges tulit, jura docuit, écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF 1997, p. 277
- « Le droit de marque à l'aube du 3e millénaire », *JCP G*, n°1, 5 janvier 2000, I, 196

REBOUL Y., TEVENIN E., note sous CA Rouen 13 septembre 1994, *ann. prop. Ind.*, 1995, p. 157

REBOUL-MAUPIN N.

- com. de cass. ass. pén. 7 mai 2004, « Image des biens : droit exclusif et trouble anormal », *Dalloz* 2004, Somm. p. 2406
- com. de cass. 1^{re} civ., 5 juillet 2005, « Droit des biens », *Dalloz* 2006, pan. p. 2367

REMICHE B.

- « propriété intellectuelle : intérêts d'entreprise et intérêt général », in *Mélanges en l'honneur de C. CHAMPAUD, Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle*, Dalloz, Paris, 1997, p. 526
- « L'ordre concurrentiel et l'accord ADPIC », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, éd. Frison-Roche, Paris, 2003, p. 315
- « Marchandisation et brevet », in *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz 2004, p. 125

RENAULT Ch-E.

- « Les clauses particulières des contrats d'adaptation des bandes dessinées », *Gazette du palais*, 8 mai 2004, n°129, p.18



- Note sous CA Aix-en-Provence, 24 octobre 2006 et 3 octobre 2006, « Le contrôle des fictions du réel par le juge des référés : un impossible processus ? », *LP* janvier-février 2007, n° 238, III p.21

- « Cinéma du réel : la contrefaçon, ses risques et ses limites », *Légipresse* n° 280, février 2011, III, p. 109

RENUCCI J-F., note à propos de CEDH 4^e section, 24 juin 2003, « Les enseignements de l'affaire « Garaudy » », *Dalloz*, 2004, somm. Comm. p. 987

REQUENA G., « L'évolution récente de la jurisprudence française en matière d'appréciation de la contrefaçon de marque », *Dalloz*, 2001, p. 3602

REVET T.

- Com. de cass. ass. pén. 7 mai 2004, « Image des biens », *RTD civ.* 2004, p. 528

- Etude de cass. ass. pén. 7 mai 2004, « « La cour de cassation teste une nouvelle figure juridique : le propriétaire non-propriétaire », *Droit et patrimoine*, juillet-août 2004, étude p. 34

- « La propriété de la personnalité », GP vendredi 18-samedi 19 mai 2007, doctrine p. 49

RICCI J.-Cl., « Droit et liberté », *Revue de droit prospectif RRJ*, 1983-1, p. 93

RICHER L., note sous CE 20 décembre 1985, SARL éditions du pharaon, *AJDA* 1986, p. 190

RIGAUX F., « La liberté d'expression et ses limites », *revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1995, p. 401

ROBERT A.

- comm. sous CA Metz, 26 novembre 1992, « L'autorisation de l'utilisation à des fins commerciales de l'image d'un immeuble est un des attributs du droit de propriété », *Dalloz* 1994, p. 161

- TGI Saumur, 28 août 1996, « L'utilisation commerciale de l'image d'une péniche sans l'accord de son propriétaire constitue une atteinte flagrante au droit de propriété », *Dalloz*, 1998, som., p. 57

ROBERT J.-H., « Publicité éthyliquement correcte », *Droit pénal*, avril 2010, n°4, p.46

ROETS D., note sous CEDH 24 juin 2003, « Epilogue européen dans l'affaire Garaudy : les droits de l'homme à l'épreuve du négationnisme », *Dalloz*, 2004, jurisprudence comm., p. 239

ROJINSKY C., GRYNBAUM V., « Les licences libres et le droit français », *propriétés intellectuelles*, juillet 2002, n° 4, p. 28

ROLLAND P., note sous CA Paris, 14^e ch., 8 avr. 2005, « La critique, l'outrage et le blasphème », *Dalloz* 2005 p. 1326

ROME F., com. de TGI Paris, 17^e ch., 22 mars 2007, « Il est libre « Charlie » ! », *Dalloz*, 2007, p.929



RONDEY C., note sous cass. Crim, 3 mai 2006, « Publicité pour le tabac sur un paquet de cigarettes : une publicité interdite », *Actualité juridique Pénal* 2006 p. 362

ROUAST A., obs. sous CA Grenoble, 15 juillet 1919, *Dalloz* 1920.2.9

ROUBIER P.

- « Les prérogatives juridiques », *Archives de philosophie du droit*, 1960, étude p. 81
- « Unité et synthèse des droits de propriété industrielle », in *Etudes sur la propriété industrielle, littéraire et artistique. Mélanges Marcel PLAISANT*, Sirey 1960, p. 161

ROUJOU DE BOUBEE I., « Marques. Signes illicites ne pouvant constituer des marques valables », *juris-cl. Marques – Dessins et modèles*, fasc. 7115, 2009

ROUX M-A., « Le droit à la propriété intellectuelle en Allemagne », GP 21 septembre 2006, n°264, p.4

ROZENFELD S.

- « Droit d’auteur et internet. Michel Houellebecq à l’épreuve des licences libres », *Expertises* n°354, janvier 2011, act. p. 3
- « Actualité », *Expertises* n°376, janvier 2013, p. 3

RUBELLIN-DEVICHI J., com. TGI Paris, réf. 6 décembre 1979, *RTD civ.* 1983, p. 121

RUET C., « Expression par l’image et CEDH : confrontation des approches interne et européenne », *légiPresse* n° 198, janvier-février 2003, chronique p. 1

RUIZ-FABRI H., com. de CE, 3^e et 5^e sous-sections réunies, 9 mai 1990, *revue administrative* 1990, p. 431

RUZEK V., « La parodie en droit des marques », *propriété industrielle*, avril 2005, étude p. 15

SABATIER M.

- « mesures autoritaires sur brevet d’invention. Licences autoritaires », *jurisclasseur Brevets*, fasc. 4780, 2008
- « Chronique droit des marques et autres signes distinctifs », *propriétés intellectuelles* n° 30, 2009, p. 84

SAINTE-ROSE J.

- Conclusions sous cass. 1^{re} civ. 10 mars 1999, *RJDA*, 4/99, études et doctrine p. 299
- Conclusions sous cass. 1^{re} civ., 25 janvier 2000, « La publication de la photographie d’un groupe, centrée, non sur une personne, mais sur un événement d’actualité, ne justifie pas une demande en réparation de la part de cette personne », *JCP G* 2000.II.10257
- Avis de l’avocat général Jerry Sainte-Rose, Cour de Cassation Assemblée plénière, 7 mai 2004, *petites affiches*, 10 janvier 2005, jurisprudence, n°6, p. 8
- cass. 1^{re} civ. 7 février 2006, *Gazette du Palais*, 11 juin 2006, n°162, p. 6

SAINT-PAU J.-C.

- com. de cass. 1^{re} civ., 16 juillet 1998, « L’article 9 du code civil : matrice des droits de la personnalité », *Dalloz*, 1999, p. 541



- com de cass. 1^{re} civ., 12 décembre 2000, « Les pouvoirs du juge des référés sur le fondement de l'article 9, alinéa 2, du code civil », *Dalloz* 2001, p. 2432

SAPIRO G., « De la responsabilité pénale à l'éthique de responsabilité de l'écrivain », in *La création est-elle libre ?*, éd. Le bord de l'eau, 2003, p. 65

SARDAIN F., « La création contributive sur internet », *RLDI* n°43, novembre 2008, p. 81

SARGOS P., « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la cour de cassation. Les garde-fous des excès du droit », *JCP G*, 2001, I, 306, p. 589

SARRAUTE R.

- « De l'adaptation cinématographique des œuvres littéraires », *Gazette du palais*, 1^{er} semestre, 1962, doctrine, p. 22

- note sous CA Aix-en-Provence 23 février 1965, « Peintres et marchands de tableaux », *Gazette du palais*, 1965, p. 92

- note sous CA Paris, 1^{re} ch., 15 novembre 1966, *Gazette du Palais*, 1967-1, journal du 10 janvier 1967, jurisprudence p.17

SAULNIER-CASSIA E., « La protection de la jeunesse : limite à la liberté d'expression ? », *Revue de droit public*, 1^{er} mars 2006 n°2 p. 401

SAUTON J. et PONELLE J., sous TGI Paris ord. Réf., 17 mars 1970, *Gazette du Palais*, 21 juillet 1970, 2, p. 75

SAVATIER R., note sous Cour d'Appel d'Aix-en-Provence, 23 février 1965, *Dalloz* 1966, p. 166

SAVY F., « la constitution des juges », *Dalloz* 1983, chron. 105

SCHMID P-A., « La liberté de l'art doit être garantie ! », www.a-d-s.ch/home/index.php?id=513&backPID=396&tt_news=29

SCHMIDT-SZALEWSKI J., « La « Charlotte » n'est pas du gâteau », *Propriété industrielle* n° 6, Juin 2008, comm. 49

SCHMIDT-SZALEWSKI J. et VIENNOIS J-P.

- comm. sous CA Paris, 4^e ch. B, 14 janv. 2005 (« filtre toujours intouchable », comm. SCHMIDT-SZALEWSKI) et CA Paris, 4^e ch., A, 9 février 2005 (parasitisme et reprise d'un concept », comm. VIENNOIS), « Protections diverses, concurrence déloyale, parasitisme », *propriété industrielle*, juillet-août 2005, commentaire p. 25

- « Où commence le parasitisme ? », *propriété industrielle*, février 2006, commentaire p. 31

SCHNEEGANS V., « L'exil des intellectuels et des artistes », *Les petites affiches*, 26 novembre 1997, n°142, libres propos, p. 13

SCHOETTL J. E., « La propriété intellectuelle est-elle constitutionnellement soluble dans l'univers numérique ? », *petites affiches*, 14 août 2006, n°161, 162



SCORDAMAGLIA V., « Les propositions de règlement et de directive de la commission européenne », *RIPIA*, 1994/3, n°177, p. 338 et suiv., spéc. p. 342

SERNA M., « Patrimonialisation de l'image et objectivisation du droit à et sur l'image », *JCP E*, 6 mai 1999, n°18, p. 819

SERRA Y.

- « La recherche d'une normalisation ne constitue pas un acte de concurrence déloyale », *Dalloz* 1990, somm. p. 76
- Cass. com., R., 29 mars 1994, « Il n'y a pas acte de concurrence déloyale, en l'absence d'un risque de confusion, lorsque des produits possèdent des dispositifs identiques », *Dalloz*, 1995, p. 209
- « L'idée publicitaire n'étant pas protégeable, il n'y a pas de concurrence déloyale lorsqu'une campagne publicitaire utilise le même procédé promotionnel, en dehors de toute confusion ou risque de confusion », *Dalloz*, 1995, p. 262

SIIRIAINEN F.

- « Une autre image de « l'image des biens » ... et de propriété », *comm. comm. électr.*, n° 10 octobre 2004, étude 35
- « Propriété intellectuelle et concurrence. Problématique de la convergence », in *La propriété intellectuelle entre autres droits*, sous la dir. de J.-M. BRUGUIERE, *Dalloz*, 2009, p. 32
- « Le droit à la culture et l'accès aux œuvres de l'esprit. Réflexions sur la « fonction » du droit d'auteur dans le cadre de sa « fondamentalisation » », in *Droit économique et droit de l'homme*, *Larcier*, 2009, p. 439
- « Libres propos et pensées sur la notion d'œuvre protégée et sa fonction... », *Propriété industrielle*, n° 10, octobre 2010, dossier 9

SIMONET M., note sous TGI Paris, 17^e ch. civ., 16 mai 2012, « Autofiction : un malentendu entre le droit et la littérature », p. 637 et suiv.

SINGH A., note sous cass. 1^{re} civ. 5 décembre 2006, « L'incidence de la qualification d'adaptation sur l'appréciation de l'atteinte au droit au respect de l'œuvre », *Lamy Droit des Médias et de la Communication*, chronique, 03-2007

SIRINELLI P.

- « L'auteur face à l'intégration de son œuvre dans une base de données doctrinale. De l'écrit à l'écran », *Dalloz* 1993, chron. p. 323
- « Brèves observations sur le « raisonnable en droit d'auteur », in *Mélanges en l'honneur de André Françon*, *Dalloz* 1995, p. 397
- « Le droit d'auteur à l'aube du 3^e millénaire », *JCP, éd. G*, n°12, 5 janvier 2000, p. 13, étude I 194
- obs. CA Lyon 1^{re} ch. civ., 20 mars 2003, « La présentation partielle d'une place sur une carte postale échappe au grief de contrefaçon », *Dalloz* 2003, som. Comm., p. 2759
- « propriété littéraire et artistique », *Dalloz* 2005, p. 1482
- com. de cass. 1^{re} civ. 15 mars 2005, *propriétés intellectuelles*, avril 2005, n°15, chron. p. 165
- « propriété littéraire et artistique (novembre 2005 – août 2006) », *Dalloz*, 2006, panorama p. 2999
- « De nouveaux modèles pour le droit d'auteur. Le point de vue du juriste », *Propriétés*



intellectuelles n° 25, octobre 2007, p. 397

- « Chronique de jurisprudence », *RIDA* janvier 2009, n° 219, p. 193
- « Chronique de jurisprudence », *RIDA* avril 2009, n° 220, p. 261

SPIRE A.

- « La liberté d'expression et ses abus : difficultés et cas limites », in A. TRICOIRE (dir.) *La création est-elle libre ?*, éd. le bord de l'eau, 2003, p. 39
- « Quel érotisme à la télévision ? Contre la censure du porno ! », in *La création est-elle libre ?*, éd. Le bord de l'eau, 2003, p. 107

SPITZ B., « Droit d'auteur, copyright et parodie, ou le mythe de l'usage loyal », *RIDA*, n°204, avril 2005, p. 55 et s.

STAEFFEN V.

- note sous C Paris, 17 novembre 2006, *Gazette du Palais* Dimanche 6-jeudi 10 mai 2007, jurisprudence p. 20
- note sous cass. 2° civ. 19 octobre 2006, *Gazette du Palais*, Dimanche 6-jeudi 10 mai 2007, jurisprudence p. 30
- « publicité commerciale », *Gazette du Palais*, 20 mai 2008 n°141, p. 30

STIRN B., Conclusions, « Le contrôle du Conseil d'Etat sur les visas d'exploitation des films », « Que la vérité est amère », CE 9 mai 1990, n°73691, *Dalloz* 1990, p.374

STROWEL A., « La loi Création et internet : de la confirmation d'un « droit d'accès » en droit d'auteur à l'analyse de la proportionnalité de la réponse graduée », in : *Contrefaçon sur internet. Les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.0, colloque de l'IRPI*, Litec, 2009, p. 99

STROWEL A. et TULKENS F., « Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur, à propos des libertés de créer et d'user des œuvres » in A. STOWEL et F. TULKENS (dir.), *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, éd. Larcier, Bruxelles, 2006, p. 9

SUDRE F., « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2004, I, 161, n°36

TANDY E., « Les nouvelles limites de la diffusion musicale », in *La création est-elle libre ?*, éd. Le bord de l'eau, 2003, p. 149

TAFFOREAU P.,

- « La brevetabilité du génome humain », *Propriétés industrielles*, n°3, mars 2005, étude 7
- CA Paris, 4° ch. A, 15 décembre 2004, « La déchéance d'une marque patronymique devenue déceptive », *Légipresse* n°221 mai 2005, III, p. 92
- « La notion d'interprétation en droit de la propriété littéraire et artistique », *Propriétés intellectuelles*, janvier 2006, n°18, doctrine p. 51

TARDIEU E., « Questionnement sur le droit des marques : Internet est-il le révélateur de ses limites ? », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 11-2005, n°10, Perspectives Etudes, 10-50

TAUDOU-MIQUELARD M.-E., com. sous cass.com. 14 mars 2006, (3décisions), « Dépôt



de déclinaisons d'une marque première », *gazette du palais*, 21 décembre 2006, n° 355, p. 35

TAVERNIER P., « L'art et la Cour européenne des droits de l'homme », in *Libertés, justice, tolérance, mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, volume 2, Bruyant, Bruxelles 2004

TELLIER-LONIEWSKI L., « Brevet de logiciel : le débat relancé à travers l'affaire British Telecom », *Gazette du Palais*, 19 avril 2001, n° 109, p. 4

TELLIER-LONIEWSKI L., REVEL DE LAMBERT F., note sous cass. ass. plén. 7 mai 2004, *Gazette du palais* n° 109, 19 avril 2005, p. 51, 1256

TERRE F.

- « L'information ? Des libertés aux droits subjectifs », *Legipresse*, n° 119, mars 1995/2, Chronique, p. 19

- « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET (sous la dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2011, 17^e éd., n° 16

THIBAUT F., « Les films de Lois Malle : une permanente transgression sociale et politique », *RRJ*, 2003-4, p. 2879

THIERRY S., « Marques. Créations de forme protégées », *Juris-cl. Marques, Dessins et modèles*, Fasc. 7140, 2008

THOUMYRE L., « Loi DAVDSI : éclipse et scintillements au Conseil constitutionnel », *Légipresse* 2006 n° 234, I, p. 129

TIFINE P., note sous CE 4 février 2004, Ken Park, *JCP* 2004, II, 10045

TIFINE P. et ACH N., « La police du cinéma et la liberté artistique », *petites affiches* n° 251, 18 décembre 2001, p. 14

TIRARD J.-M., « Optimiser la fiscalité de la propriété industrielle », in *Colloque de l'IRPI, Approches stratégiques de la propriété industrielle*, LexisNexis, 2011, p. 85

TREFIGNY P.

- Com. sous TGI Nanterre, 4 novembre 2002, « Le détournement de marque : à des fins humoristiques, c'est illicite ; à des fins polémiques, cela semble se discuter ! », *propriété industrielle* n° 5, mai 2003, com. n° 40, p. 26

- « Smiley risque de perdre son sourire... » *propriété industrielle* juillet 2004, com. 61

- « Les "vingt ans d'âge" d'une marque compromis par la mode du vintage », *propriété industrielle*, octobre 2005, n° 10, comm. n° 73

- « L'humour noir, sans modération, est nocif... », *Propriété industrielle* n° 10, Octobre 2004, comm. 78

- comm. sous CA Paris, 4^e ch. 16 novembre 2005, « La libre critique esquive – définitivement ? - le droit des marques... », *Propriété industrielle*, janvier 2006, commentaire p. 17

- com. sous cass. com. 14 mars 2006, « « Un message clair en faveur des marques de défense ? », *Propr. ind.* mai 2006, n° 5, p. 17 comm. n° 43



- « L'injure condamnée comme contrefaçon... », *propriété industrielle*, n°7, juillet 2006, comm. 58
- Obs. sous Cass com. 20 juin 2006, « Le danger des marques complexes exploitées partiellement », *Propriété industrielle* octobre 2006, comm. n° 74
- « Prompt rétablissement au dromadaire ! », *propriété industrielle* n°1, janvier 2007, comm. 5
- CA Paris, 17 novembre 2006, « L'imitation, la polémique et l'excès alors condamné au titre du dénigrement... », *Propriété industrielle* n° 1, janvier 2007, comm. 6

TREFIGNY-GOY P.

- « Gare aux « familles de marques »... Cela se confirme », *Propriété industrielle*, juin 2010, comm. n° 41
- « L'incidence de la fonction sur la portée de la protection de la marque », *propriété industrielle*, n°10, octobre 2010, dossier 5, n°4
- « Petit navire... ne chavire pas ! », *propriété industrielle*, n°1, janvier 2011, comm. 2
- Com. sous Cass. com. 15 mars 2011, n° 10-15.761, sté Charlott c/ sté Lollipops, « L'exploitation sous une forme modifiée... », *Propriété industrielle* n° 7, juillet 2011, com. 58

TREPOZ E.

- comm. sous CA Paris, 3 décembre 2004 « L'art contemporain entre droit d'auteur et droit à l'image », *Dalloz* 2005 n°18, J. p. 1237
- « Aux confins du droit de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle : l'affaire Microsoft », *Revue Lamy de la Concurrence*, octobre 2008, n°17, Perspectives, dossier spécial n°1251, p.163
- « « La nouvelle Eve » au « Paradis » du droit d'auteur, suite et fin ! », *Dalloz*, 2009, p. 266

TREZEGUET M., note sous T. com. 15^e ch., 30 octobre 2009, Dreamnex c/ In'Exes, « Copie d'un site : contrefaçon , parasitisme et concurrence déloyale », *RLDI*, 2010, n°57

TREZEGUET M., TAFFOREAU P., « Un an de droits voisins », *comm. comm. électr.*, n°10, octobre 2011, chron. 9

TRICOIRE A.

- « L'art, la censure et les droits de l'homme », *légipresse* n° 196, novembre 2002, II chronique et opinions p. 148
- « Le droit français est paradoxal », in *La création est-elle libre ?*, éd. Le bord de l'eau, 2003, p. 11
- com. sous Trib. corr. Carpentras, 27 mars 2003, « L'élément intentionnel du délit de diffusion de message violent, pornographique ou contraire à la dignité humaine d'un mineur », *Légipresse* n° 222, 22 juin 2005, III, p. 125
- « Injure envers la communauté catholique : contrôle de la Cour de cassation », *Légipresse*, juin 2006, n°232, p. 116
- note sous TGI Paris, 16 novembre 2006, « Quand la fiction exclut le délit », *légipresse* n°240, avril 2007, III p. 72
- « Les œuvres et les visages : la liberté de création s'affirme contre le droit à la vie privée et le droit à l'image », *Dalloz* 2008, p. 57
- note sous CA Paris, 11^e ch., sect. B, 18 décembre 2008, « *L'enfant d'octobre*,



« roman », face à son « sujet », les époux Villemin », *Légipresse*, n°261, mai 2009, III, p. 83
- com. sous cass. crim., 2 mars 2011, « Qu'est-ce que la pornographie ? Les tribulations d'un concept mou confronté à l'art contemporain », *Légipresse*, n°283, mai 2011, p.305

TRICOIRE A., SPIRE A., MANCERON G., « La liberté d'expression et ses abus : difficultés et cas limites », in *La création est-elle libre ?*, éd. Le bord de l'eau, 2003, p. 35

TRICOIRE E., com. de cass. ass. plén. 7 mai 2004, in B. BEIGNIER, B. DE LAMY, E. DREYER, J.-C. MARTY, N. TAVIEAUX-MORO, E. TRICOIRE, « Droit de la presse et des médias », *JCP G* 2004, I. 147, n° 12

TRIGON S., « l'ouvrage public, une œuvre à respecter », *AJDA* 2007, p. 889

ULLRICH H., « Propriété intellectuelle, concurrence et régulation – Limites de protection et limites de contrôle », *RIDE*, 2009/4, t. XXIII, 4, p. 339

VARET V.

- CA Paris, 4^e ch. section A, 30 mai 2001, « Droit d'auteur et liberté d'expression », *Légipresse* n°184, septembre 2001, III cours et tribunaux, p.137
- « La création d'une œuvre dérivée nécessite en elle-même l'autorisation du titulaire des droits de l'œuvre adaptée », *légipresse*, novembre 2004, n°216, III, p. 201
- note sous CA Paris, 4^e ch. A, 8 septembre 2004, « Parasitisme et contrefaçon d'un personnage de film dans une publicité », *Légipresse*, 2005, n°219, III, p. 25
- com. sous CA Paris, 12 octobre 2007, « Vers la reconnaissance de la citation d'œuvres graphiques et plastiques ? », *Légipresse* décembre 2007, III, p. 258
- « Vers la reconnaissance de la citation d'œuvres graphiques et plastiques ? », *Légipresse*, 2007, n°247, III, p. 258
- note sous cass. 1^{re} civ, 22 janvier 2009, « Harmonisation des exceptions au droit d'auteur : du principe d'interprétation conforme et de ses limites », *légipresse*, n°261, mai 2009, III, p. 103

VERBIEST Th. et RAYNAUD Pascal, « Adoption de la loi DAVDSI et décision du Conseil constitutionnel », *RLDI* septembre 2006, n°587, p. 47

VERDUSSEN M., « Les droits de l'homme et la création artistique », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire, mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant Bruxelles, 2000, p. 1001

VERON M., « Les limites de la justification par un débat d'intérêt général », *Droit pénal*, n°9, septembre 2010, comm. 92

VERON P.,

- « Contrefaçon de brevet d'invention, usage expérimental et essais cliniques. Situation législative et jurisprudentielle dans les principaux pays industriels », *Gazette du Palais*, 19 décembre 2000, n°354, p. 12
- « Critique de l'action d'un magistrat », *Droit pénal*, n°10, octobre 2009, comm. 120

VIDON P., « Doit-on étendre ou limiter les droits de propriété intellectuelle ? Trois angles de réflexion sur la régulation de l'économie par les droits de propriété intellectuelle », *RIPIA*, 3^e trimestre 2001, n°205, p.67



VIENNOIS P., « Parasitisme et reprise d'un concept », *propriété industrielle*, décembre 2005, commentaire p. 28

VIGAND P., comm. de cass. com. 31 mars 2004, « Perfectionner est-ce contrefaire ? », *propriété industrielle*, n°1, janvier 2005, comm. 2

VIGUIER J., « Que devient la liberté d'expression cinématographique ? », in *Pouvoir et liberté, études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant Bruxelles, 1998, p.685

VILBERT P., « Le rire est un droit de l'homme », *Légipresse*, n°282, avril 2011, p. 233 et suiv.

VINCENT J., « $N + 2 = 0$, ou comment le statut d'auto-entrepreneur peut détruire la protection sociale des artistes », *RLDI*, n°57, février 2010, act. n°1890, p. 47

VINEY G.

- doctrine, I, *JCP Ed. G* n°50, 1996, doctrine 3985, n°2
- « Responsabilité civile », *JCP G* 2004, I. 163

VIVANT M.

- « Ingénierie inverse, ingénierie perverse ? », *JCP E*, n°23, 6 juin 1991, p. 56
- « Créations de l'esprit. Propriété des créations : l'auteur mutant », in L. SFEZ, *Dictionnaire critique de la communication*, PUF, 1993, n° 136, p. 1246
- « Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », *JCP éd. E*, 3 juin 1993, n° 22, étude p. 251
- « Propriété intellectuelle et ordre public », in Jean Foyer, *auteur et législateur leges tulit, jura docuit, Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 307
- « An 2000 : l'information appropriée », in *Mélanges Burst*, Litec, 1997, p. 660
- « Le droit d'auteur, un droit de l'homme ? », *RIDA* n° 174, octobre 1997, p. 61
- « L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles ? », in *Mélanges Mouly*, Litec, 1998, p. 446
- « L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire », *JCP G* 2000, I, n° 193
- « La brevetabilité des programmes d'ordinateur : faux problème juridique ? Vrai problème social ? », *Propriétés intellectuelles*, n° 6, janvier 2003, p. 35
- comm. de CA Paris, 14^e ch., réf., 26 février 2003, Greenpeace c/ Esso et SPCEA c/ Greenpeace, « Parodie de marque : où il ferait bon de s'interroger sur la portée des droits », *propriétés intellectuelles* n° 9, octobre 2003, chron. p. 458
- « 1. Des droits finalisés », in M. VIVANT, dir. *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, grands arrêts, 2004, n°1, p. 6
- « Protection-Conditions de fond : l'exigence d'invention », in M. VIVANT, dir. *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, grands arrêts, 2004, n°18, p. 237
- « La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ? Rapport de synthèse », in M. VIVANT (dir.) *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz, 2004, p. 177
- « Pour une épure de la propriété intellectuelle », in *Propriétés intellectuelles. Mélanges en l'honneur de André FRACON*, Dalloz 2005, p. 415 et s.
- « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *RIDE*, 2006, p. 361



- « Analyse critique et prospective. Un point de vue français », in Ch. GEIGER, BOUYSSI-RUCH M., HILTY R., *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, éd. Litec, 2007, p. 97
- « Le système des brevets en question » in B. REMICHE (dir.), *Brevet, innovation et intérêt général, actes du colloque de Louvain-la Neuve*, Larcier, Bruxelles, 2007, n°15
- « Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété... », *propriétés intellectuelles* avril 2007, n°23, p. 193
- « Autre regard... », *propr. intell.* juillet 2007, n°24, p. 364
- « Marque et fonction sociale de la marque. Ou quand la réalité passe par le rêve ? », in Ch. GEIGER et J. SCHMIDT-SZALEWSKI (dir.), *Les défis du droit des marques au XXI^e siècle. Actes du colloque en l'honneur du professeur Yves Reboul*, Litec, 2010, p. 145
- « La pratique de la gratuité en droit d'auteur », *RLDI* n° 60, mai 2010, n°1993, p. 59
- « Exposé introductif général. L'art, le vrai et le droit », *propriétés intellectuelles*, janvier 2011, n°38, p. 8
- « Propriété intellectuelle, les *protectionis* et loi réelle », *Dalloz*, 2011, p. 2351
- « Objet juridique, objet social. Réflexion sur la propriété intellectuelle », *propriétés intellectuelles*, avril 2012, n° 43, p. 269

VIVANT M. et BRUGUIERE J.-M., « Réinventer l'invention », *propriétés intellectuelles* juillet 2003, n°8, p. 286, n°3

VOORHOFF D.

- « La parodie et les droits moraux le droit au respect de l'auteur d'une bande dessinée : un obstacle insurmontable pour la parodie ? », in *Droit d'auteur et bande dessinée, colloque organisé par le centre belge de la bande dessinée*, Bruylant, Bruxelles, LGDJ Paris, 1997, p. 237
- « La liberté d'expression est-elle un argument légitime en faveur du non-respect du droit d'auteur ? La parodie en tant que métaphore », in A. STOWEL et F. TULKENS (dir.), *Droit d'auteur et liberté d'expression*, Larcier, 2006, p. 39

VRAY H., note sous CA Paris, 14^e ch., section B, 8 avril 2005, « Publicité commerciale », *Gazette du Palais*, 10 novembre 2005, n° 314, p. 17 (la cène)

WACHSMANN P.

- « La religion contre la liberté d'expression : sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme, l'arrêt Otto-Preminger-Institut du 20 septembre 1994 », *RUDH*, 30 décembre 1994, vol. 6, N° 12, doctrine p. 441
- « Liberté d'expression », *JurisClasseur Libertés*, fasc. 800, 2008
- « La liberté d'expression », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 2012, 18^e éd., p. 449

WALRAVENS N.

- « La protection de l'œuvre d'art et le droit moral de l'artiste », *RIDA* juillet 2003, p. 3
- « Le choix, critère déterminant de l'originalité de Paradis », *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, chronique, 2006
- « Paradis, œuvre in situ, admise dans le champ de protection du droit d'auteur », *Lamy, droit de l'informatique et des réseaux*, chronique, 2006
- « La remise en cause des notions traditionnelles d'auteur et d'œuvre de l'esprit », in *L'art contemporain confronté au droit. Actes du séminaire du 8 juin 2006*, Université Panthéon Assas, disponible sur le site www.artdroit.org, septembre 2006



- « Tableau-piège et délégation de l'exécution de l'œuvre : le droit piégé par l'art contemporain », *RLDI*, n°14, mars 2006, act. 394, p. 10
- comm. de CA Paris, 12^e ch., app. Corr. 9 février 2007, « Le ready-made *Fountain*, œuvre de l'esprit ? », *RLDI*, actualités, créations immatérielles, éclairage, 2007

WARNER R., « La liberté de la création littéraire et artistique », in *Les droits de l'esprit, six études sur les aspects culturels de la déclaration universelle des droits de l'homme réunies par l'Unesco*, Sirey Paris, 1950, p. 227

WEKSTEIN-STEG I., CA Paris, 18 février 1993, « La définition de l'artiste de complément », *Dalloz* 1993, jur. p. 397

WILHEM P., « Un an de jurisprudence en droit de la publicité », *légipresse*, octobre 1999, II chroniques et opinions, p. 113

WILHEM P. et POURDIEU S., « La création publicitaire une liberté conditionnelle : entre contrefaçon et parasitisme », *légipresse*, septembre 2005, n° 224, II, p. 91

WILHELM P. et BETTATI Ch., « la protection des idées publicitaires », *Légipresse* n° 248, janvier février 2008, II, p.1

YACoub O., « L'aménagement contractuel de la création », *Gazette du palais*, 7-9 décembre 2003, n°341, p.9 (p. 3581)

YOLKA Ph., « Les apparentements terribles : nom de commune et dénomination de laxatif », *JCP A et C*, n°22, 31 mai 2010, 2183

ZENATI F., comm. cass. 1^{re} civ., 10 mars 1999, « Notion de propriété », *RTD civ.* 1999, p. 859

ZOLLINGER A., com. Paris, 2 févr. 2005, « Propriété littéraire et artistique », *JCP E* 2005. 1216, n° 3

III Etudes, rapports officiels, recommandations, compte-rendus...

Cinquantenaire du syndicat de la propriété artistique, 1896-1946, Rapport présenté à l'Assemblée Générale du 27 juin 1946, par Henri DROPSY

CLAEYS A. et VIALATTE J.-S., *Rapport sur l'évaluation de l'application de la loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, 17 décembre 2008, p. 233

Commission des communautés européennes, « Code de bonne conduite pour une recherche responsable en nanosciences et nanotechnologies », *Recommandation de la Commission du 7 février 2008 concernant un code de bonne conduite pour une recherche responsable en nanosciences et nanotechnologies*

Conférence diplomatique de Bruxelles, révision de la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 5-26 juin 1948



Conseil d'Etat, Réflexions sur l'intérêt général - Rapport public 1999, décisions avis et publications, 1999, <http://www.conseil-etat.fr/node.php?articleid=430>

Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique, Compte rendu de la réunion plénière du 26 mai 2005, (<http://www.culture.gouv.fr/culture/cspla/cr26.05.pdf>)

Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, « Recommandation relative à la condition de l'artiste », conférence générale, 21^e session, Belgrade, 27 octobre 1980

Groupement Européen des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs, « Projet de charte des droits fondamentaux de l'union européenne », Bruxelles, 13 juin 2000

Proposition de loi visant à créer un délit d'atteinte à la dignité de l'homme et de la femme par l'image publicitaire, n° 615, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 13 février 2003

Proposition de loi n° 1029, visant à donner un cadre juridique au droit à l'image et à concilier ce dernier avec la liberté d'expression, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 16 juillet 2003

RANDEGGER J., document de travail, doc. 11119, 21 décembre 2006, consulté le 14 avril 2013 : <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileID=11398&Language=FR>. « Principe de précaution et gestion responsable des risques », in Assemblée parlementaire Conseil de l'Europe, *documents de séance session ordinaire de 2007 (première partie) 22-26 janvier 2007, vol. II, doc. 11110-11163*, éd. du Conseil de l'Europe, 2007, p. 165 et suiv., n° 29

Rapport sur l'application de la loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique remis à l'assemblée nationale, 17 décembre 2008, t. 1, n°1325, p. 226, « Cinquième partie : neurosciences et imagerie cérébrale : quelles finalités et quels enjeux éthiques », II, disponible sur http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-off/i1325-tI.asp#P2497_575983 consulté le 13 octobre 2012 et sur <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/citoyen/enjeux/citoyennete-societe/bioethique-recherche-scientifique-quels-enjeux.html>, consulté le 9 octobre 2012

Séance du sénat du 23 avril 1998, in travaux parlementaires - compte rendu des débats, <http://www.senat.fr/seances/s199804/s19980423/sc19980423007.htm>

A. Ballester Rodès, S. Demangue, C. Dimopoulos, B. Dobrucki, J. Osbeldiston, C. Pentheroudakis, Y. Podbielski, J. Serre, Service de recherche juridique des Chambres de Recours, *La jurisprudence des Chambres de recours de l'Office européen des brevets*, décembre 2006, 5e éd., [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/F7944E5E0AD5958DC12572BC004B2CB6/\\$File/clr_2006_fr.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/F7944E5E0AD5958DC12572BC004B2CB6/$File/clr_2006_fr.pdf)

IV Autres : ouvrages et articles non juridiques

Dictionnaires Larousse, Hachette, Robert...



« Affaire « Piss Christ » : une association intégriste désavouée », *Libération*, 20 avril 2011

BAYARD P., *Le plagiat par anticipation*, Les éditions de Minuit, 2009

BEAROYO L., « L'émergence de la bioéthique », in E. HIRSCH (sous la dir.), *Traité de bioéthique, tome 1 : Fondements, principes, repères*, éd. Erès, 2010, p. 95

BLONDEAU O.

- « Pour le droit d'auteur », *Le Monde interactif*, mercredi 25 avril 2001, p. 7

BLONDEAU O., LATRIVE F., *Libres enfants du savoir numérique, anthologie du « libre »*, éd. de l'éclat, 2000

COUTURIER M., « Introduction » à *Lolita* de NABOKOV, 1955, éd. Gallimard, 2001 pour la préface

DOMENECH J., « Conclusion. La censure mode d'emploi ? », in *Censure, autocensure et art d'écrire. De l'Antiquité à nos jours*, éd. Complexe, 2005, p. 369 et suiv.,

DUCAS S., « Censure et autocensure de l'écrivain », *PUF Ethnologie française*, 2006/1, vol. 36, p. 111 et suiv.

DUVAL J., « Censure », encyclopédie Universalis.

ECO U., *Pastiches et postiches*, Grasset, 1992

FABRE C., « Liberté de création et respect de la vie privée », *Le monde*, 5 avril 2006,

FEDIER F., *L'art en liberté*, Pocket 2006

HEINICH N., *Le triple jeu de l'art contemporain*, Les Editions de Minuit, 1998

KANDINSKY, « Sur la question de la forme », in : KANDINSKY, MARC, présentation et notes K. LANKHEIT, *L'almanach du blaue Reiter, le cavalier bleu*, éd. Klincksieck, 1981, p. 192

LAGRANGE R., « Editorial », in *140 aides privées et publiques en faveur des artistes*, CNAP, 2012

LATRIVE F.

- « Les Barbares du Bazar. Une introduction aux faubourgs de la nouvelle économie », in O. BLONDEAU, F. LATRIVE, *Libres enfants du savoir numérique, anthologie du « libre »*, éd. de l'éclat, 2000, p. 11

MALEVITCH, « Le suprématisme est le début d'une nouvelle civilisation », in *Ecrits*, présentés par A. NAKOV, éd. Ivrea, 1996, p. 203

MEUNIER E., « Etats-Unis - Risques de la thérapie génique », *Inf'OGM*, n° 75, mai 2006
<http://www.infogm.org/spip.php?article2674> consulté le 10 octobre 2012



MONNIER G.

- « Circulez, y'a plus rien à voir », *Libération*, lundi 4 janvier 1999, p. 7
- « Au nom de la vie privée, on remet en cause la liberté de création, de documentation, de témoignage et de critique des photographes. Circulez, y'a plus rien à voir », *Libération* REBONDS, lundi 4 janvier 1999, p.7

NAKOV A., « Le nouveau Laocoon », in *Ecrits*, présentés par A. NAKOV, éd. Ivrea, 1996, p. 17

NETZ R., *Histoire de la censure dans l'édition*, PUF, coll. Que sais-je ?, Paris, 1997

Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle : « table ronde sur la propriété intellectuelle et les savoirs traditionnels », Genève, 1^{er} et 2 novembre 1999, document établi par M. Michael BLAKENEY

PERLO N., « Censure et cinéma. Le rôle de l'Etat entre politique et marché », in N. AMBROUCHE, E. KIPPENLEN, J. MARCHIO, R. MATHIEU, N. PERLO, E. ZAMAGNI, *Censures. Les violences du sens*, publications de l'université de Provence, 2011, p. 131 et suiv

PIERRAT E.,

- *Antimanuel de droit*, éd. Bréal, 2007
- *100 images qui ont fait scandale*, éd. Hoëbeke, Paris, 2011

SALLES A.

- « Jean-Jacques Aillagon contre toute censure dans l'affaire « Rose bonbon » », *Le Monde*, culture, lundi 7 octobre 2002, p. 22
- « Gallimard réplique à la menace sur « Rose bonbon » », *Le Monde*, culture, samedi 12 octobre 2002, p. 30
- « Nicolas Sarkozy décide de ne pas interdire « Rose bonbon » », *Le Monde*, culture, lundi 14 octobre 2002, p. 22

SCHLESSER Th.

- « L'histoire de la caricature », in « Foutez-nous la paix ! Plantu et les 77 dessinateurs... », *Beaux arts magazine*, 2010, p. 12
- *L'art face à la censure. Cinq siècles d'interdits et de résistance*, éd. Beaux arts, 2011

STALLMAN R., « Le droit de lire », in O. BLONDEAU, F. LATRIVE, *Libres enfants du savoir numérique, anthologie du « libre »*, éd. de l'éclat, 2000, p. 23

TEILLANT A., « Pour un développement responsable des nanotechnologies », *La note d'analyse*, www.strategie.gouv.fr, novembre 2011, n° 248

VIEUILLE M.-F., *Mozart ou l'irréductible liberté*, éd. Le castor astral, 2006,

WEIL F., « Le fonctionnement de la censure en France au XVIII^e siècle », in J. DOMENECH, *Censure, autocensure et art d'écrire*, éd. Complexe, Bruxelles, 2005, p. 127



INDEX ALPHABETIQUE

Les numéros se rapportent aux paragraphes

A

Abus de droit : 13, (38 en note), 60, 303, 466, (484 en note)
Accessoire (théorie de) : 517 à 529
Activité créatrice : 1, 4, 28, 174, 254
Activité intellectuelle : 102

- Protection par les droits de propriété intellectuelle : 4, 28

Adaptation cinématographique

- de bandes dessinées : 500, 507
- de livres, 492, 501-506, 508-513, 534
- d'opéras : 498

Affiches :

- (œuvres) visibles dans une autre œuvre : voir Etre et Avoir
- Et santé publique : 301

Affiche de film : 460, 462, 464 à 467
Affiches publicitaires : **468**

- Et droit de propriété : 623
- Et santé publique : 474-475, 476
- Et théorie de l'accessoire : 519
- Utilisation à fin de création : 345

Agissements parasitaires : 626-627
AGRIF (voir associations)
Alcool :

- Marque :
 - o annulation : 473
 - o contraire à l'ordre public : 395
- Publicité : 471, 472

Amen (jugement) : 465
Analyse : 293, 325 (note), 350-353
Application industrielle : 157, 158
Apport :

- créatif : 202, 217
- original : 122
- Technique : 203

Areva contre Greenpeace (arrêt) : 308, 310
Art appliqué : 121
Art conceptuel : 117, (119 en note)
Art contemporain : 5

- Censure : 420, 423, 431
- Contrats de mécénat : 539
- Création : 117-119

- Encouragement à la création : 377

Art pur : 1, 123
Artiste-interprète : 139

- Création : 136
- Droit moral : 145, 498

Association privées : (AGRIF et autres : censure) 422-424, 431, 462, 465, 467
Auteur salarié : (voir salarié)
Autofiction : 4, 569, 574
Ave Maria (affaire) : 464, 465

B

Baise-moi (arrêt) : 421, (427 en note), 428, 483
Balance des intérêts : 13, 15, 65, 73, 74, 78, 87, 88, 386, 463, 466, 489, 512
Bande dessinée :

- Adaptation : 507
- Parodie : 341,
- Reproduction : 359

Base de données : 127, 128, 130, 192, 273
Benetton (arrêt) : 484
Bioéthique : (379 en note), 387, 388, 479
Biotechnologie

- Embryons humains : 387-388, 478, 485, 486
- Végétaux : 385

Bonne foi :

- Contrefaçon : 233
- De l'adaptateur : 503, 504
- De l'historien : 450
- De l'humoriste : 438
- Du journaliste : 442
- Rencontre fortuite : 231
- Utilisation de la marque : 304

Bonnes mœurs :

- Et dessins et modèles : 393
- Et invention : 161, 169, 381-391
- Et marques : 395-396
- Et obtentions végétales : 394
- Et œuvre de l'esprit : 331, 398, 402
- Notion :
 - o en droit des brevets : 384-385
 - o en droit d'auteur : 397, 421, 428



- Textes limitant la liberté de création artistique : 403, 421

Brevet

- brevet de perfectionnement : 19, 284-290
- nouveauté (critère) : 148, 152, 153, 157, 191, 289, 293

C

Caractère distinctif : en droit des marques : 177, 212, 240

Caricature :

- droit d'auteur : 334, 440, 468
- fins commerciales : 347, 348
- droit des marques : 301, 305, 307
- liberté de la - : 330-333

Caricatures de Mahomet (arrêt) : 469

La Cène (arrêt) : 468

Censure :

- autocensure : 2, 416, 469,
- censure économique : 417, 429
- contrôle
 - o – a posteriori : 400
 - o – préalable : 400, 402, 425, 426, 427, 460-461
- droit d'auteur, contre la (-) : 48
- évolution : 331, 402
- interdiction de divulgation : 36
- liberté de création : 1, 34, 432, 460, 569, 631
- notion de censure : 399-401, 402
- ordre public et bonnes mœurs : 397, 399, 402, 456
- privatisation de la censure : 422-423, 458, 515
- protection des mineurs : 404
- textes non spécifiques à la création : 421, 424, 488

Certificat d'obtention végétale : 150, 191, 278, 290, 291, 394

Cession globale d'œuvres futures : 549

Choix :

- art contemporain : 117, 119
- base de données : 128
- critère des droits d'auteur, de dessins et modèles : 264, 273
- logiciel : 123
- mise en scène : 137
- œuvre : 465

- photographie : 597
- recherche : 390

Cinéma :

- adaptation cinématographique (voir ces mots)
- contrats de commande : 532, (voir adaptation)
- dignité humaine (voir ces mots)
- incitation à la création cinématographique : 375
- investissements : 5, 144
- limite de la diffusion : 430
- moyen d'expression : 468
- prédominance des intérêts économiques : 84, 429
- régime préventif : 45, 424
 - o ordre public : 399
 - o protection des mineurs/visas : 405, 425, 426
- Religion : 460-463

Citation :

- exception : 5, 19 (retour au principe), 326, 355
- finalité de la citation : 361, 362, 363, 364
- liberté de création comme fondement : 65, 314, 327, 352
- limitation au genre littéraire : 355
- lois du genre : 353-354
- notion : 351
- œuvre (art, image, vignette de bande dessinée) : 356-360, 361, 365, 366, 521, 524
- protection : 350

Concurrence déloyale (et parasitisme) :

- Cumul avec la contrefaçon : 257
- distinction entre les actions en concurrence déloyale/parasitisme et contrefaçon : 248, 249, 250, 254
 - o faits distincts : 258
 - o fins des actions en concurrence déloyale et parasitisme : 251, 252, 255
- Éléments d'interconnexion (non) : 281, 282
- et contrefaçon : voir ce mot
- idées publicitaires : 115
- image des biens : 627



- non cumul avec la contrefaçon : 256
- protection des titres : 197
- restriction du domaine public : 194, 195

Confusion : voir risque de confusion

Consommateur : 49, 61, 68, 69

- en droit d'auteur : 11, 12, 68, 69, 71, 85, 88, 229, 321, 339, 472
- en droit des dessins et modèles : 281
- en droit des marques : 68, 69, 91, 210, 215, 302, 304, 308, 396
- protection du (-) : 60, 86

Contrat

- de commande : 4, 23, 32, 84, 262, 499, **531-550**
 - o – durée : 543, 544, 546, 547, 549
- d'édition : 24, 143, 542, 549,
- de mécénat : 3, 24, 35, 536, **538-550**
- de travail : 262

Contrefaçon

- copie : 217, 218, 219
- et concurrence déloyale : 254, 256, 257, 258
- notion : 222
- en droit d'auteur : 223-229, 231
 - o bonne foi : (voir rencontre fortuite)
 - o décompilation : 320
 - o éléments du fonds commun : 200
 - o incorporation d'une œuvre de l'esprit dans une autre œuvre : 119, 345
 - o modification : 494
 - o parasitisme : 230
 - o plagiat (voir ce mot)
 - o rencontre fortuite (voir ces mots),
 - o sanction : 231
- en droit des brevets :
 - o essais cliniques : 286
 - o moyen équivalent : 289
 - o par équivalence : 246
 - o partielle : 247
 - o ressemblances : 245
- en droit des dessins et modèles :

- o confusion (non) : 237
- o contrefaçon par reproduction : 235
- o éléments du fonds commun : 203
- o Parodie : 312

- en droit des marques :

- o critique/dénigrement : 301, 302, 308, 310
- o famille de marques : 212
- o finalité de la marque : 238, 239
- o identité des signes : 208,
- o le dépôt, moyen de lutte contre la (-) : 92
- o par adjonction : 244
- o par imitation : 242
- o par reproduction : 243
- o risque de confusion : 206
- o utilisation des termes constituant la marque (non) : 240

Copie :

- concurrence déloyale ou parasitisme : 256, 257
- contrefaçon : 217, 218, 235, 257, 339
- création : 182, 217, **218**, 219, 264, 286, 597
- impression visuelle d'ensemble : 236
- insuffisance de la liberté de création : 181, 273
- licite : 195, 220, 239
- non protection : 58
- plagiat (voir ce mot)
- protégeable : 202, 203, 219
- rencontre fortuite : 234
- reprise du concept global : 225
- (-) servile ou quasi-servile : 203, 219, 229, 235, 236, 243, 257

Création :

- artistique : 1, 2, 3, 18, 47, 49, 57, 62, 66, 117, 301, 377, 411, 412, 418, 421, 433, 439, 443, 463, 466, 475, 479, 482, 552, 569, 597, 606
- définition : 100, 102
- immatérielle : 1
- industrielle : 17, 64, 66, 102, 150, 155, 174



- interprétation : 136
- Notion : 179
 - o évolution : 106, 179
 - o remise en cause : 117, 141, 217

Creative commons : 9, 11, 12

Cumul des protections :

- les œuvres de l'esprit : 196
- les titres : 197

D

Débat : 465, 468, 469

- d'intérêt général : 442, 455, 463, 469, 563, 593
- public : 452, 463

Déceptivité : 215

Déchéance de la marque :

- pour défaut d'exploitation : **211-212**
- pour dégénérescence : **213-215**

Décompilation : 317, **319-321**

Découverte :

- Distinction entre découverte et invention : 158, **160**, 163, 170, 179
- objet de droit de propriété intellectuelle : 147, 173, 193

Dénigrement : 240, (297 en note), 300, (301 et 302 en note), 307, 308, 310, 349, 463

La dernière tentation du Christ (arrêt) : 466, 427

Dessins et modèles

- création : 1, 17, 100, 147, 150, 176
- modèles d'interconnexion : 280
- originalité/protection par le droit d'auteur : 121, 122

Les dialogues des Carmélites (affaire) : 502, 508

Dignité humaine :

- œuvre de l'esprit : 481-484

Disponibilité, du signe : 211, 212

Docu-fiction : 580, 581, 583

- fiction du réel : 581-593
- fiction prétexte : 439

Domaine public

- disposition favorable
 - aux créateurs : 22, 96
 - aux investisseurs/éditeurs : 190

- au public : 76, 161, 182

- droit de propriété : 619
- droit moral : 189, 514, 516
- durée :
 - o droit des bases de données : 192
 - o droit des brevets : 191
 - o droit des marques :
- et fonds commun : 112, 185, 186, 187
- en droit administratif : 518, 521
- équilibre : 182
- exception de (-) : 529
- folklore : 199
- limite à l'appropriation : 5, 76, 92, 161, 202, 203, 273, 284
- notion : 187
- restriction de son étendue : 22, 65, 96, 194-197
 - o par le recours à la concurrence déloyale ou le parasitisme : 194-195, 197, 256
 - o par le recours au dépôt de l'œuvre de l'esprit à titre de marque : 196
- utilisation de créations tombées dans le (-) ou d'éléments du domaine public : 188, 219, 250
 - o en droit d'auteur : 273, 500, 514, 515
 - o en droit des dessins et modèles : 202, 203, 236, 284
 - o en propriété industrielle : 191

Droit à l'image : 479, 483, 554, 555, 561, 577, 594, 599, **600-608**

Droit à l'oubli : 555, 570, **576-580**

Droit à la vie privée

Droit d'auteur

- condition de la protection : 105, 106
- contrefaçon (voir ce mot)
- durée de la protection : (voir ces mots)
- exception (voir ce mot)
- extension à de nouveaux objets : 107, 109, 120
- objet de la protection : 109

- art contemporain (voir ce mot)
 - art appliqué (voir ce mot)
 - bases de données : 99
 - création : 104, 105, 106
 - logiciels : 99, 123, 126
 - mise en scène : 137
 - photographie : 597
 - titre : voir ce mot
 - titulaires de la protection : voir œuvre collective
- Droit des dessins et modèles :**
- contrefaçon (voir ce mot)
 - copie : 203
 - critère de protection :
 - caractère propre et degré de liberté du créateur : 264, 267, 268, 269, 270, 271
 - nouveauté : 267
 - étendue de la protection : 181, 198
 - influence sur le droit d'auteur : 229
 - interopérabilité : 276, 278, 279
 - Lego, exception : 283
 - fonds commun : 186
 - éléments non appropriables : 202, 203
 - parasitisme : 256
 - marque : 176
 - ordre public et bonnes mœurs : 380, 392, 393
 - parodie (voir ce mot)
- Droit des obtentions végétales**
- durée : 191
 - exception au droit de l'obtenteur : 277, **291-292**
 - fonds commun : 191
 - objet de la protection : 147, 174, 291
 - ordre public et bonnes mœurs : 394,
 - perfectionnement et recherche : 290, 291, 292
 - protection : 173, 191
- Droit/liberté fondamental (liberté de création) :** 23, 24, 26, 30, 31, 34, 466,
- Droit moral**
- accessoire (théorie de) : 519, 521
 - artiste interprète : 145, 498
 - attaché à la personne, opposé au marché : 55, 65, 77, 93, 145
 - avant création (non) : 536
 - citation : 361, 369
 - contrats de mécénat : 546, 547, 548
 - domaine public : 197, 491
 - limite à la liberté de création : 189, 491, 494, 495, 506, 507, 509
 - limité par la liberté de création : 492, 493, 507, 508, 513, 554
 - contrat : 497, 501, 505, 507, 513
 - œuvre tombée dans le domaine public : 514, 514, 516
 - logiciel : 123, 126
 - parodie : 337
 - perpétuel : 23, 216, 189, 216
 - décès de l'auteur : 496
 - Pluralité d'auteur : 497, 498, 499
 - Relai ou conséquence de la liberté de création : 543, 547, 550
- Droits patrimoniaux :** 11, 83, 123, 190
- Droit de la personnalité :**
- Conciliation avec les libertés d'expression et de création : 438
 - Dignité humaine : 479
 - Droit à l'image : 601, 602
 - Droit à l'oubli : 576
 - Image des biens : 614, 615
 - Liberté de création confrontée à un (-) : 575, 584, 209 (marque), 403 (censure), 522, 554, 608, 629
 - Notion : 553
 - Temps : 516
 - Vie privée : 582
- Droit de propriété**
- Droit constitutionnel de l'homme : 324
 - Droit de propriété intellectuelle comme (-) : 54
 - Droit subjectif : 623
 - Et liberté d'entreprendre : 52
 - image des biens : 208, 552, 609, 610, 611, 614, 615, 618, 619, 620, 622, 623, 624, 625, 627, 629
 - image des personnes : 604
 - Limitation : 373
- Droits fondamentaux :** 34
- Conciliation : 35, 365, 457, 489, 566, 615
 - Correctif extérieur : 40



- Intégration de la liberté de création dans les (-) : 25, 29
- (recours aux) : 5, 12, 13, 15, 30, 60, 366, 615

Droit subjectif :

- Droit à la vie privée/à l'image : 601, 604
- Droit de l'auteur : 65
- Droit de propriété : 619, 623
- Droit du futur créateur/liberté de création : 5

Droits voisins du droit d'auteur : 139

Durée de la protection des créations : 65, 184, 188, 216, 254, 275, 369, 370

- Bases de données : 192
- en droit d'auteur : 77, 190, 216
- en droit des brevets : 191
- en droit des marques : 205
- en droit des obtentions végétales : 191

E

Equilibre des intérêts : 5, 6, 8, 12-16, 20, 22-24, 30, 36-38, 49, 56-61, 64, 66-68, 70, 72, 73, 77, 79, 81, 82, 84-89, 93, 94, 106, 107, 126, 145, 151, 179, 180-182, 185, 192, 194, 204, 216, 227, 247, 274, 275, 288, 291, 325, 344, 355, 360, 365, 367, 369-370, 371, 466, 485, 487, 489, 506, 513, 515, 516, 554, 556, 562, 565, 566, 574, 594, 602, 605, 610, 615, 620, 630-632 (voir balance des intérêts)

Embryon humain : 387, 388, 478, 485, 486

Empreinte de la personnalité : 121, 122, 123, 201, 219, 272-273

Esso contre Greenpeace (voir Areva contre Greenpeace) (arrêt)

Etat gabonais contre Antenne 2 (affaire) : 536

Ethique : 132

- biotechnologie : 163, 167, 169, 383
- comité/ groupe européen : 391, 486
- dignité humaine (voir ces mots)
- liberté de la recherche : 390, 481
- nanotechnologie : 378
- ordre public : 397
- plagiat : 220
- recherche sur l'embryon : 387, (lois de bioéthique : voir ces mots)

Etre et avoir (arrêt) : 358, 524, 526, **528**

Exception à la contrefaçon (rencontre fortuite) : 219, 223, 232, 233, 234

Exception à la diffusion du savoir et de la culture : 85

Exception à la liberté (propriété intellectuelle) : 49, 53, 55, 89, 250

Exceptions au domaine public : 76, 283 : légo, (domaine public comme exception : 195)

Exceptions à la propriété intellectuelle : 19, 181, 276, 322, 369, 370

- limite externe : 529

Exceptions au droit d'auteur : 5, 40, 65, 78, 181, 276, 314, 324, 325, 327, 367

- analyse et citation : 350, 351 (étendue : 354, 355, 356, 359, 361, 362, 364, 365, 366)
- consommateurs : 88
- décompilation : 319-321
- issues de la liberté d'expression et de la liberté de création : 326, 368
 - o la diffusion de l'information : 352
- parodie : 328, 334, 335, 342, 343, (344, 349 : étendue des exceptions),
- pastiche (voir ce mot)
- triple test : 87

Exception au droit des brevets : 70, 278, 280, 284, 285, 286

Exception au droit des dessins et modèles : 312

Exception au droit des marques : 298, 309

Exception au droit des obtentions végétales : 291

Exception à la protection des topographies de produits semi-conducteurs : 293

F

Fiction : 444 (non)

- autofiction : 4, 567, 569, 574
- indifférence : 399
- liberté accrue : 411, 443, 592 (non),
- prétexte : 437, 439

Fiction du réel (voir docu-fiction)

Film

- affiches de film (voir ces mots)



Finalité des créations : 49, 193, 201, 270, 276, 346-347, 360, 362-363, 469, 481, 484, 615, 617

Finalité et liberté de création : 7, 38, 88, 273

Finalités des droits : 6, 17, 38, 87, 88, 89, 180, 185, 191, 216, 249, 252, 276, 291, 313

- du droit d'auteur : 5, 11, 109, 359
- du droit des brevets : 55, 85
- du droit des marques : 38, 237, 239, 296, 303, 368
- finalité sociale (notion) : 13
- orientation : 6, 57, 87

Folklore : 186, 199, 232

Fonctions de la marque : voir marque

Fonds commun : 216, 181, 184 à 187, 191, 198, 199, 204, 205, 207, 211, 212, 216

- et domaine public (voir ces mots)
- manifestation de la liberté de création : 30, 40, 108, 112

Forme : 2, 49, 105, 110, **111**, 115, 116, 119, 121, 124, 130, 138, 200, 227, 398, 535, 597

- indifférence : 40, 599

G

Garaudy (affaire) : **452**

Genre : 40, 118, 186, 197, 198, 203, 220, 228, 235, 332, 341, 354, 355, 359, 434, 437, 438, 469, 501, 502, 507, 508, 509, 547, 592, 599

Guignols de l'info (arrêt) : **307**, 332

Gregory (affaire) : 586, 588

Guino contre Renoir (arrêt) : **272**

H

Histoire : 448, 449, 450, 452, 455, 496, 562, 579

I

Idées :

- communication/expression des idées : 43, 47, 48, 49, 403, 433, 468, 584, 608
- importance économique : 114

- émissions de télévision : 116

- idées publicitaires : 115

- non protection : 39, 92, 94, 108, 109, 110, 112, 113, 118, 184, 185, 186, 187, 193, 198, 200, 216, 254,
- notion : 108
 - et copie : 113
 - et création : 111, 117, 119, 193
 - et forme : 111, 597

Image :

- Affiche de film : voir ces mots
- Affiches publicitaires : voir ces mots
- Censure, application de l'article 227-23 du code pénal : 419-420
- Citation : voir ce mot (citation-œuvre)
- Création protégeable : 17, 593, 594, 596-597, 599
- - de marque : 256, 309, 310
- - des biens : voir ces mots
- Information : 598
- Marque : utilisation d'une - : 208,

Image des biens : 609-628

Imitation : 226, 241-242, 251, 257, 258, 297, 308, 336

Image des personnes : voir droit à l'image

Information :

- Création : 103, 437, 472, 592, 597, 598
- Droit du public à l'information
 - droit : 365, 366
 - et droit d'auteur : 65, 82, 182, 276, 352
 - intérêt général : 373
- - brutes, fonds commun : 186
- - objective de l'historien : 448
- Interopérabilité : 315, 318-323
- Liberté de l'information : 584
- Liberté de recevoir des (-), composante de la liberté d'expression : 43, 49
- Notion : 124
- Protection par le brevet : 65, 157, 164-165, 168, 171, 391
- Protection par le droit d'auteur : 124, 127-128



- Protection par le droit *sui generis* sur les bases de données : 130, 131, 192
- Soucis pédagogique d' (-) : 617, 621
- Vie privée, droit à l'oubli : 556, 576, 579

Incitation à la création :

- Droit d'auteur : 17, 94
- Financement : 17, 371, 375
- Liberté de création, nécessitant une (-) : 21, 375
- Mesures fiscales : 377
- Par la propriété intellectuelle : 22, 63
- Rôle du droit des brevets : 5, 17, 313

Intérêt collectif : 93, 95, 96, 182, 185, 457

Intérêt général :

- et secret médical : 563

Interopérabilité : 278

- des logiciels 315-323
- en droit d'auteur : 314, 315-321
- en droit des dessins et modèles : 279-283
- et droit de la concurrence : 322-323

Invention :

- création : 1, 8, 18, 100, 147, 174, 179
- caractère sacré de l'(-) : 149
- dimension personnaliste : 55
- et découverte : 160, 163, 173
- protégeable : 151-171, 179, 246, 289
- résultat de la recherche : 485

Investissement :

- critère : 67, 129, 192
- investissements pour créer : 5, 17, 57, 64, 67, 69, 126, 144, 164, 371, 377
- protection : 28, 38, 61, 69, 79, 103, 125, 126, 128, 129, 131, 145, 180
 - o brevets : 85, 148, 149, 287
 - o droits voisins du droit d'auteur : 142, 143
 - o marques : 7, 175, 177
 - o œuvre de l'esprit : 107, 109, 127
 - o publicité : 115

- o topographies de produits semi-conducteurs : 174

- Protection par la concurrence déloyale et le parasitisme : 195, 255, 256
- Retour sur (-) : 12 (libre), 21, 65, 75, 83, 275, 288, 292, 313, 369, 416

J

Je vous salue Marie (arrêt) : 462

L

Larry Flynt (arrêt) : 467

Liberté

- de la concurrence : 25, 55, 251, 254
- contractuelle :
- d'entreprendre : 50, **52**, 54, 55, 56, 373, 617, 620

Liberté d'expression :

- distincte de la liberté de création : 42, 49, 89, 180, 631
- et œuvre de l'esprit : 326, 329, 426, 427, 433, 462, 437, 438, 443, 465, 563, 617
- et marque : 294-295, 301, 304, 306-310, 314
- notion : 43-46
- liberté des chercheurs : 447, 485
- limite : 440, 441, 451, 452, 453, 454, 459, 461, 462, 463, 484, 556, 591
- protégeant la création : 42, 46, 47, 301, 304, 402, 443, 456, 468, 578
- protégeant la liberté de création : 4, 47, 60, 89, 312, 370, 462, 466, 554, 569, 584, 586, 591, 608, 615, 629, 630, 631, 632
- exceptions au droit de propriété intellectuelle : 55, 276, 294, 295, 312, 314, 326, 329, 333, 342, 344-345, 352
- recours à l'article 10 CEDH : 4, 30, 34, 47, 308, 313, 359, 366, 368, 437, 371, 466, 467, 516, 569, 606, 608, 629, 632
- similitudes avec la liberté de création : 48, 437



- sujet d'intérêt général : 442, 469
- Liberté de la caricature : 330-333
- Liberté de l'art : 1, 420
- Liberté de l'historien : 447, 448, 449, 452
- Liberté du commerce et de l'industrie : 7, 50-52, 251, 316
 - Et brevet : 41
 - Et liberté de création : 55, 60, 89, 124, 348
 - Et propriété intellectuelle (principe) : 22, 49, 50, 53-55, 182, 209, 250

Licence

- *Creative commons* : 12
- de dépendance : 7, 285, 288, 289, 290, 291
- libre : 9, 10
- obligatoire : 288, 316

Lien de subordination : 262

Lois de bioéthique : 387, 388, 479

Loi mémorielle : 453, 454, 455

Logiciel : 146

- étendue de la protection : 126, 256
- interopérabilité (voir ce mot)
- protection par le droit d'auteur : 21, 99, 120, 123, 124
- protection par le droit des brevets : 157, 165, 166
- utilisation : 314

Logiciel libre : 9, 11, 12

Lois du genre : 327

- adaptation cinématographique des œuvres littéraires : 503
- analyse, citation : 353
- finalités commerciales : 347
- parodie : 296, 312, 337, 344

M

Marché : 84

Marque :

- création : 177, 179
- « De barrage » ou de défense : 212
- devenue générique ou déceptive : 215, (voir déchéance)
- fonction : 7, 175, 176, 278, 394
- illicite : 301
- nom de domaine : 308
- œuvre de l'esprit déposée à titre de (-) : 196

Médical (domaine (-)) : 5, 162, 378, 386, 479, 480, 481, 485

Médicaments : 171, 286

Mérite : 40, 272, 398, 420, 515, 599, 608

Mesure technique de protection : 6, 78, 194, 318, 320, 321

Microsoft (arrêt) : 9, 166, 322, 323

Mise en scène : 135, 137, 439, 495

Les Misérables (arrêt) : 515

Modèle d'interconnexion : 279, 281, 282, 283, 308

N

Nanotechnologies : 378, 389, 390, 391

Nom de domaine : 242, 302, 308, 394

Nom patronymique :

- dans une marque : 209, 215, 575
- dans une œuvre de l'esprit : 571

Nouveauté en droit des brevets

- originalité et nouveauté : 109, 121, 122, 123
- promotion de la : 80, 191

Nouveauté en droit des dessins et modèles : 267

La Nouvelle Eve (Paradis) (arrêt) : 119

O

Objet :

- de droits : 4, 28, 38, 79, 89, 99, 108, 131, 179, 218
- de la création : 8, 102, 201, 280, 283, 285, 446, 598
 - o commercial : 296
- de la liberté de création : 21, 22, 26, 107, 180, 370
- de la liberté d'expression : 46
- de la protection des titre : 197
- des droits de propriété industrielle : 147, 149, 150, 164
- des droits voisins : 105, 132
- du droit d'auteur : 94, 104, 105, 120, 186 (non), 196
- du droit des brevets : 153, 155, 156, 287
- du droit des marques : 176, 196, 214
- du droit des obtentions végétales : 291



- du droit *sui generis* sur les bases de données : 130
- protégeable : 6
- social de la propriété intellectuelle : 4

Obtention végétale (variétés végétales) : 394

- et création : 1, 18, 99, 172-173

OEB (office européen des brevets) : 157, 165, 166, 384, 386

Œuvre de l'esprit :

- droit d'auteur (voir ce mot)
- et marque : 178, 239
- image : 595, 597
- lien avec l'auteur : 91
- marché : 84
- mise en scène : 135, 137
- mouvement du libre : 12
- moyen d'expression : 47
- support : 542

Œuvre collective :

- liberté du créateur : 263, 265-266, 272
- mécanisme favorable aux investisseurs : 67, 79
- règles spécifiques pour la durée : 190
- titularité des droits : 265

Œuvre de collaboration : 190

- et œuvre collective : 265, 266, 272

Œuvre multimédia : 375, 431

Œuvre protégeable

Ordre public :

- brevet : 382
- censure (voir ce mot)
- disposition en droit d'auteur : 65 (non), 190, 315, 506, 547, 549
- embryon : 387
- et bonnes mœurs :
 - o en droit des dessins et modèles : 393
 - o en droit des marques : 395, 396
 - o en droit des obtentions végétales : 394
 - o environnement : 385
 - o et liberté de création : 371, 378

- o et œuvre de l'esprit : 397, 398, 403, 428, (voir censure)
- o limite de la brevetabilité : 161, 169, 381-386
- o limite de la recherche : 384, 389, 390
- o notion : 379, 397
- o restriction par (-) pour l'OEB : 384, 385
- o protection : 380, 403

- Marques : 395

- o et tromperie à l'égard du public : 395, 396

- Notion : 397

- o par l'OEB : 384, 385,

- Œuvres de l'esprit : 398, 399, 427, 428, 446, 452-453

- Trouble à l'(-) : 446, 452, 478

Originalité :

- Et nouveauté : 122
- Logiciel : 126,

P

Parasitisme :

- Bases de données : 131, 192
- Distinction avec la contrefaçon : voir concurrence déloyale
- Domaine public : 195
- Et propriété intellectuelle : 253, 254, 259
- Idées publicitaires : voir concurrence déloyale
- Genre (non) : 228
- Lorsque la contrefaçon est écartée : 230
- Marques : 239
- Musique : 226
- Notion : 251
- Parodie : 342
- Protection de l'investissement : 255

Parodie :

- Dessins et modèles (non) : 293, 312
- Marque : 303
- Œuvre de l'esprit : 303

Pastiche : (voir parodie)

- Notion : 336
- Rejet : 339

Perfectionnement : 19, 284-289



Personne morale créateur : 264, 266

Photographie : 177, 273, 345, 357, 359, 365, 377, 420, 519, 521, 596, 597, 598, 605, 608, 611, 615, 617, 620, 622-623, Plagiat : 220

Principe :

- Découlant de la liberté de création : 30
- De la liberté d'expression : 308, 333, 433, 443, 466, 584, 585, 617, 621
- De légalité : 465
- De proportionnalité : 73
- Des droits de propriété intellectuelle : 554
- De spécialité : 240
- Du brevet : 288
- Du droit d'auteur : 94, 112, 182, 347, 36, 572, 610
 - o fonds commun : 186-187, 193, 195
- Liberté (par opposition à l'exception : les DPI) : 19, 22, 49, 52, 55, 76, 86, 182, 195, 250, 367, 449, 520, 584, 585
- Liberté de création : 6, 12, 24, 29, 30, 85, 89, 227, 631
 - o (-) général du droit : 28, 89, 180, 264
- Non protection : 158
- Ordre public et bonnes mœurs : 379, 384, 395
- Principe constitutionnel : 476, 479, 480, 621
- Principe essentiel : 396
- (-) de pondération : 13,
- Principe de précaution : 391
- Principe directeur : 28, 40
- (-) éthique/moraux : 169, 486
- Principe fondamental : 487
- Principe général d'interprétation : 88

Principe général du droit : 28, 29

Pornographie :

- Livre, publications : 411, 412, 413, 418, 443
- Images : 419, 420, 431, 467

Proportionnalité :

- Bonne foi : 442
- Contrôle : 424, 466

- principe : 57, 73

Publicité :

- Citation : 363
- Concurrence déloyale et parasitisme : 254, 256
- Contrats de commande : 532
- Dignité humaine : 479, 484
- Film : 462, 464
- Fonction de la marque (voir marque)
- Image des biens : 620, 623, 624
- Parodie : 300, 349
- Religion : 468
- Sanction issue de la protection de la jeunesse pour les publications : 408, 409, 412
- Tabac et alcool : 471, 472, 474-475
- Théorie de l'accessoire : 519, 525, 527
- Utilisation d'une (-) dans une œuvre de l'esprit : 605
- Utilisation d'un terme déposé comme marque : 240

R

Réalité :

- Et fiction : 200, 307, 330, 420, 437, 592, 593
- Et œuvre : 420, 608
- Histoire : 448-449, 453

Religion :

- Caricature : 468
- Censure : 401
- Et liberté de création : 38, 458, 459, 465, 466, 467, 469
- Loi sur la presse : 440, 452

Rencontre fortuite et réminiscences résultant d'une source d'inspiration commune : 219, 232-234

- Bonne foi : 233

Responsabilité civile : 254, 301, 305, 313, 368

Ressemblances (contrefaçon) :

- Appréciation de la contrefaçon : 227, 229, 230, 232, 234, 235, 245
- Fonds commun : 200, 203
- Rencontre fortuite (voir ces mots)

Risque de confusion:



- Concurrence déloyale et concurrence parasitaire : 115, 195, 197, 253, 282
- En droit d'auteur : 226 (non), 339, 341, 344
- En droit des dessins et modèles (non) : 237, 312
- En droit des marques : 206, 212, 242, 243 (non), 244, 304, 307, 308, 575

Parasitisme (non) : 256, 259

S

Santé publique : 373, 395

- Justificatif de la liberté de création : 476
- Limite de la liberté de création : 470-475

Savoir-faire: 141, 173, 182, 219, 256, 273, 597

Signe distinctif :

- Création : 18, 150, 176
- objet du droit des marques : 8

Suzanne Simonin, la religieuse de Diderot (affaire) : 426, 461

Système modulaire : 283

T

Tabac : 209, 301, 471, 473, 475, 476

Titre (des œuvres) : **197**, 239, 339, 412, 509

Titularité des droits

- D'auteur :
 - o œuvres collectives : 67, 266
- Des brevets : 70, 85
- *Sui generis* sur les bases de données : 67, 130
- Voisins du droit d'auteur : 73, 131, 133, 141

Topographies de produits semi-conducteurs : 147, 150, 172, 174, 278, 293,

Triple test : 78, 365

Trouble :

- A l'ordre public : (voir ordre public)

- anormal : 611, 624, 626, 627
- certain : 619, 623
- manifestement illicite : 462, 464, 465, 466, 467, 614, 622

U

Unité de l'art : 121

Usage:

- Bons (usages) : 359
- Dans la vie des affaires : 304
- Honnête/loyaux du commerce : 115, 195, 251, 255
- Professionnel : 139, 542

V

Variété végétale: 99

- licence de dépendance : 290
- notion : 147, 173

VED (variété essentiellement dérivée) : 291, 292

Vie des affaires : 297, 302, 304, 307, 308

Vie privée :

- conciliation : 23, 29, 45, 489, 554, 558, 559
- équilibre avec la liberté de création : 566, 567, 568, 582, 585, 587, 589, 590-593, 598, 608
 - o critère : 569
- et dignité humaine : 484
- et droit au nom, droit à l'oubli, droit à l'image : 555, 570, 572, 574, 576-580, 600-601, 608
- et droit de propriété : 614, 626
- et intérêt général : 563
- et intérêt historique : 562
- justification de la copie privée : 325
- liberté, droit fondamental : 554, 556
- notion : 556
- protection : 556, 557, 586, 604, 606
 - o conditions de protection : 560, 561



TABLES DES MATIERES

SOMMAIRE	1
LISTE DES SIGLES ET ABREVIATIONS.....	2
INTRODUCTION :.....	4
PARTIE 1 : LA LIBERTE DE CREATION GARANTIE PAR LES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE.....	21
TITRE 1 : LA LIBERTE DE CREATION, AU CENTRE DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE.....	24
CHAPITRE 1 : LA LIBERTE DE CREATION SOUS L'ANGLE DES LIBERTES.....	28
Section 1 : L'existence de la liberté de création.....	29
§ 1 : Une liberté encadrant la propriété intellectuelle.....	31
A) La liberté de création, une liberté ?.....	31
B) Rapports entre propriété intellectuelle et liberté de création	36
§ 2 : la liberté de création, liberté autonome et distincte ?	41
A) Liberté de création et liberté d'expression	41
1. La liberté d'expression.	42
2. La liberté de création, composante de la liberté d'expression ?	43
B) Liberté de création et liberté du commerce et de l'industrie, ou liberté d'entreprendre.....	48
1. La liberté du commerce et de l'industrie, liberté d'entreprendre.....	48
2. Les liens entre liberté du commerce et de l'industrie et la liberté de création.....	50
Section 2 : Le rôle de la liberté de création par rapport aux intérêts en présence	54
§ 1 : Les intérêts en cause	56
A) Les intérêts des créateurs et des futurs créateurs	57
B) Les intérêts des investisseurs, de l'industrie	60
C) Les répercussions de la conciliation des intérêts sur l'intérêt général	62
§ 2 : L'évolution de l'équilibre entre les différents intérêts en présence	65



A) Evolution de la balance des intérêts favorable aux investisseurs ?	66
1. Droit d'auteur et droits voisins	66
2. En propriété industrielle	70
B) Prédominance actuelle des intérêts économiques.....	72
CHAPITRE 2 : LA CREATION COMME OBJET DE PROTECTION PAR LA PROPRIETE INTELLECTUELLE.....	82
Section 1 : La création en propriété littéraire et artistique.....	88
§ 1 : L'évolution de la notion de création.....	90
A) La création, une notion aux frontières floues	91
1. L'idée, limite à la création protégeable.....	92
a) La distinction entre la création et l'idée	93
b) Les créations contemporaines.....	98
2. L'extension de la catégorie des œuvres de l'esprit.....	102
B) De la création à l'investissement	108
1. Les conséquences de la prépondérance de l'aspect économique sur certaines créations	109
2. Le recours aux droits <i>sui generis</i> afin de protéger exclusivement l'investissement	111
§ 2 : les droits voisins.....	113
A) Les interprètes	113
1. La reconnaissance pour certains interprètes de leur qualité de créateur au sens du droit d'auteur.....	114
2. Le degré dans l'interprétation, limite à la reconnaissance d'une création.....	116
B) La production et la diffusion de la création	118
Section 2 : La création en propriété industrielle	121
§ 1 : Les inventions protégées par un brevet	123
A) Essai de délimitation de la notion d'invention brevetable.....	123
1. Définition de l'invention brevetable	124
2. L'exclusion de la brevetabilité	127
B) « L'extension du domaine brevetable ».....	130
1. L'extension à de nouvelles techniques ou remise en cause des limites de la brevetabilité ?	131



2. Les controverses suscitées par la biotechnologie.....	134
§ 2 : Les créations annexes	136
§ 3 : Les marques.....	139
TITRE 2 : LA LIBERTE DE CREATION COMME IMPERATIF SOUS-JACENT DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE	144
SOUS-TITRE 1 : LA LIBERTE DE CREATION PERMISE PAR UNE PROTECTION ADAPTEE A LA SPECIFICITE DE LA CREATION INTELLECTUELLE	145
CHAPITRE 1 : L'EQUILIBRE ENTRE DROITS DES CREATEURS ET DROITS DES FUTURS CREATEURS RESULTANT DU FONDS COMMUN	146
Section 1 : Le principe : la liberté.....	148
§ 1 : Ce qui est librement réutilisable	149
A) La liberté de création assurée par la limitation dans le temps du droit exclusif.....	150
B) L'adaptation de l'étendue du domaine de liberté à la nature de l'objet du droit de propriété intellectuelle	152
§ 2 : Les restrictions à la liberté du créateur de puiser dans le domaine public	153
Section 2 : La non appropriation du fonds commun intégré dans une création	158
§ 1 : La non appropriation d'éléments du fonds commun par les auteurs d'œuvres de l'esprit.....	159
§ 2 : La non appropriation d'éléments du fonds commun par les créateurs de dessins ou modèles	161
Section 3 : La spécificité du droit des marques	163
§ 1 : Ce qui ne peut être approprié	164
§ 2 : La perte du droit sur la marque	168
A) La déchéance pour défaut d'exploitation.....	168
B) La déchéance pour dégénérescence de la marque.....	172
CHAPITRE 2 : LA PROTECTION CONDITIONNEE PAR L'EXPRESSION D'UN CHOIX	175
Section 1 : La copie.....	175
§ 1 : La contrefaçon.....	178
A) La contrefaçon en droit d'auteur, limite à la liberté de création	179
1. Ce qui constitue la contrefaçon.....	179



<u>2. La préservation de la liberté de création par le recours aux notions de rencontre fortuite et de réminiscences résultant notamment d'une source d'inspiration commune ..</u>	<u>185</u>
<u>B) La contrefaçon de dessins et modèles</u>	<u>188</u>
<u>C) La contrefaçon en droit des marques</u>	<u>190</u>
<u>1. L'utilisation de la marque hors de sa finalité.....</u>	<u>190</u>
<u>2. L'utilisation de la marque limitée pour les concurrents</u>	<u>192</u>
<u>a) La contrefaçon par imitation</u>	<u>192</u>
<u>b) Contrefaçon par reproduction.....</u>	<u>193</u>
<u>D) Contrefaçon et brevet</u>	<u>194</u>
<u>§ 2 : L'extension des droits privatifs que permet la concurrence déloyale et le parasitisme</u>	<u>196</u>
<u>A) Distinction entre les protections.....</u>	<u>196</u>
<u>1. Les finalités des protections</u>	<u>196</u>
<u>2. Les critiques suscitées par le recours à la concurrence déloyale et au parasitisme</u>	<u>198</u>
<u>B) Application</u>	<u>200</u>
<u>1. La protection de l'investissement limitant la liberté de création.....</u>	<u>200</u>
<u>2. Limites de la protection par la concurrence déloyale et le parasitisme</u>	<u>202</u>
<u>Section 2 : La liberté de création, condition d'octroi des droits de propriété intellectuelle</u>	<u>203</u>
<u>A) La négation de la liberté de création des auteurs d'œuvres collectives.....</u>	<u>205</u>
<u>B) La liberté de création, critère de protection en droit des dessins et modèles</u>	<u>209</u>
<u>C) En droit d'auteur</u>	<u>211</u>
<u>SOUS-TITRE 2 : LA LIBERTE DE CREATION A PARTIR D'UNE CREATION PROTEGEE.....</u>	<u>216</u>
<u>CHAPITRE 1 : L'UTILISATION D'UNE CREATION PROTEGEE PAR UN DROIT DE PROPRIETE INDUSTRIELLE.....</u>	<u>217</u>
<u>Section 1 : Les manifestations de la liberté de création prévues par les droits de propriété industrielle.....</u>	<u>217</u>
<u>§ 1 : L'interopérabilité en droit des dessins et modèles</u>	<u>218</u>
<u>A) La règle.....</u>	<u>218</u>
<u>B) L'exception : lego</u>	<u>220</u>



§ 2 : L'exception de recherche et le perfectionnement des créations préexistantes	221
A) L'exception de recherche.....	222
B) Les limites de la liberté du créateur du perfectionnement	223
§ 3 : Le cas particulier des obtentions végétales	227
§ 4 : Les topographies de produits semi-conducteurs	230
Section 2 : La restriction à la réservation non prévues par les droits de propriété industrielle : la « parodie »	231
§ 1 : La liberté de création restaurée pour une utilisation ne portant pas atteinte à la marque.....	231
A) L'évolution	231
1. Le droit des marques considéré à l'origine comme un droit absolu par les juges ..	233
2. Le droit des marques n'est pas absolu	236
B) Le recours à la liberté d'expression	237
1. Exemples jurisprudentiels	238
2. Limites de la « parodie de marques ».....	243
§ 2 : La parodie de dessins et modèles :.....	245
CHAPITRE 2 : L'UTILISATION D'UNE CREATION PROTEGEE PAR LE DROIT D'AUTEUR.....	248
Section 1 : L'interopérabilité des logiciels	249
§ 1 : L'interopérabilité permise par l'exception de décompilation.	250
§ 2 : La liberté de création favorisée par le droit de la concurrence ?	255
Section 2 : Les manifestations de la liberté de création intégrées comme exceptions garanties par le droit d'auteur	257
§ 1 : La parodie, le pastiche, la caricature	258
A) La liberté de caricature	259
B) La parodie	262
1. L'absence de confusion.....	264
2. Identification de l'œuvre parodiée	265
3. L'intention humoristique de l'auteur de la parodie	266
C) Finalités commerciales et lois du genre.....	270
§ 2 : La citation et l'analyse.....	272



A) Les notions d'analyse et de citation	272
B) L'étendue de la notion de citation	275
1. Une liberté de création limitée au genre littéraire	275
2. L'appréciation du respect de l'œuvre première	280
3. L'utilité de recourir à la liberté de création pour redessiner l'exception de citation	281
PARTIE 2 : LES FRONTIERES DE LA LIBERTE DE CREATION	287
TITRE 1 : LES LIMITES DE LA LIBERTE DE CREATION DANS L'INTERET GENERAL	288
CHAPITRE 1 : LES LIMITES IMPOSEES PAR L'ORDRE PUBLIC ET LES BONNES MŒURS	293
Section 1 : Les limites à la protection des créations par un droit de propriété industrielle tenant à l'ordre public et aux bonnes mœurs	293
§ 1 : Les inventions	293
A) La limite de la brevetabilité par des dispositions intégrée au droit des brevets ..	294
B) A la recherche d'une protection adaptée pour les bio et nanotechnologies	300
§ 2 : Les limites posées par l'ordre public et les bonnes mœurs pour les autres droits de la propriété industrielle	304
A) Les dessins et modèles	304
B) Les obtentions végétales	305
C) Les marques	305
section 2 : L'ordre public et les bonnes mœurs, limite de la liberté de création exogène au droit d'auteur	308
§ 1 : La censure restreignant la liberté de création	309
A) La notion de censure	311
B) L'évolution	313
§ 2 : La censure actuelle	314
A) La protection de l'enfance et de l'adolescence	315
1. La protection de la jeunesse dans la littérature	315
a) La protection spécifique instaurée par la loi de 1949	315
b) La pression sur les éditeurs	320
c) Les sanctions issues du code pénal	324



2. La protection de la jeunesse dans le cinéma	329
3. La protection de la jeunesse restreignant les œuvres d'art.....	334
4. Les paroles de chanson	335
B) Les autres motifs de censure	337
1. Les motifs tirés de la loi sur la presse.....	337
a) La diffamation.....	338
b) La provocation et l'injure	344
2. Le respect de la présomption d'innocence.....	346
3. Le respect de faits historiques.....	347
a) Généralités	347
b) L'apologie et le révisionnisme.....	350
CHAPITRE 2 : LES LIMITES RESULTANT DE LA DEFENSE D'INTERETS COLLECTIFS	356
Section 1 : La liberté de création et la liberté de religion	356
§ 1 : Le cinéma et les sentiments religieux	357
§ 2 : Les affiches de film.....	361
§ 3 : Les affiches publicitaires	365
§ 4 : Caricatures et sentiments religieux	367
Section 2 : La santé publique	369
§ 1 : Limitation de la liberté de création pour des raisons de santé publique	369
§ 2 : La santé publique, justifiant la liberté de création	373
Section 3 : La dignité humaine et la liberté de création.....	374
§ 1 : La notion de dignité humaine	374
§ 2 : La liberté de création limitée par la dignité humaine	379
1. La dignité confrontée à la liberté de création, œuvre de l'esprit.....	379
2. La dignité humaine confrontée à la liberté de la recherche et de création dans le domaine médical.....	381
TITRE 2 : LA LIBERTE DE CREATION CONFRONTEE AUX INTERETS INDIVIDUELS	385
CHAPITRE 1 : LA LIBERTE DE CREATION CONFRONTEE AUX DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE.....	386



Section 1 : la liberté de création, limite aux droits des créateurs des œuvres préexistantes.	386
§1 : La limitation du droit d'auteur lors de l'utilisation d'une création	387
A) La modification de l'œuvre	387
1. Le respect de l'intégrité de l'œuvre	387
2. Limites du droit moral de l'un des auteurs de l'œuvre nécessaire à la liberté de création	390
B) L'adaptation	392
1. La liberté de création dans l'adaptation d'une œuvre littéraire au cinéma encadrée contractuellement	393
a) La modification de l'œuvre adaptée résultant de la transposition d'un genre à un autre	393
b) Les contrats	394
c) L'étendue de la liberté de l'adaptateur	399
2. La liberté de l'adaptateur lorsque l'œuvre première est tombée dans le domaine public	401
§ 2 : La prise en compte des droits d'auteur écartée par la théorie de l'accessoire	404
A) L'évolution de la théorie de l'accessoire garantissant la liberté de création	404
B) La remise en cause de la théorie de l'accessoire comme limite externe	409
Section 2 : Le recours à la liberté de création en l'absence de protection par le droit d'auteur	414
§ 1 : Les contrats de commande	414
A) La limitation par contrat de la liberté de création	414
B) La préservation de la liberté de création	417
§ 2 : Les contrats entre peintres et marchands de tableaux : les contrats de mécénat	418
A) Les restrictions à la liberté de création	419
B) La protection des peintres par la liberté de création	422
1. La durée et le rythme de production	422
a) Le rythme de production	423
b) La durée du contrat	426
2. La protection de la liberté de création incluse dans le droit d'auteur	428



CHAPITRE 2 : LA LIBERTE DE CREATION ET LES DROITS DES TIERS NON CREATEURS	431
Section 1 : Les droits de la personnalité et la liberté de création.....	431
§ 1 : L'équilibre entre le respect à la vie privée et la liberté de création	432
A) La vie privée	433
1. L'évolution.....	435
2. Les conditions	436
B) Les autres droits de la personnalité qui y sont rattachés.....	440
1. Le droit au nom.....	440
2. Le droit à l'oubli.....	443
C) Les œuvres inspirées d'un fait divers et la liberté de création	446
1. Le contrôle restreint avant diffusion.....	447
2. Le contrôle <i>a posteriori</i>	449
§ 2 : La liberté de création confrontée au droit à l'image des personnes.....	454
A) Délimitation de l'image, œuvre de l'esprit.....	454
1. Définition de l'image, création protégeable.....	454
B) L'équilibre entre droit à l'image et la liberté de création	460
1. Le droit à l'image auparavant considéré comme absolu.....	460
2. La primauté de la liberté de création en matière artistique	462
Section 2 : Le droit à l'image des biens et la liberté de création.....	465
§ 1 : Construction du droit jurisprudentiel à l'image des biens	466
A) Les hésitations jurisprudentielles, antérieures à l'arrêt du 10 mars 1999.....	468
1. Une jurisprudence favorable au propriétaire	469
2. Les quelques solutions favorables à la liberté de création	472
C) L'évolution postérieure : le recul.....	476
§2 : L'équilibre entre les différents intérêts à propos de l'image des biens.....	478
BIBLIOGRAPHIE	484
INDEX ALPHABETIQUE.....	557
TABLES DES MATIERES	569



